Die Klage de re praestita in der Lex Salica und ihre Entwicklung zum Mahnverfahren.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Arthur Eliason,
Referendar.

Breslau
Buchdruckerei H. Fleischmann
Im April 1910.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. H. **Meyer**.
Korreferent: Professor Dr. **Dahn**.

Meinen Eltern.

Inhaltseinteilung.

Seite

Einleitung:

§ 1. Die wörtliche Bedeutung von „res praestita“ 1

§ 2. Die Bestimmung der Aufgabe. 2

I. Teil.

Die Klage de re praestita.

I. Abschnitt.

Das Verfahren.

§ 3. Titel 52 der Lex Salica. 4

§ 4. Die testatio und solsadia. 5

§ 5. Die Stellung des gerichtlichen Termins im Verfahren . 11

§ 6. Reddere aut fidem facere reddendi 17

§ 7. Die Bedeutung des gerichtlichen Termins 22

§ 8. Die Befriedigung des Gläubigers 29

§ 9. Der Widerspruch des Schuldners 39

§ 10. Zusammenfassung 41

II. Abschnitt.

Der Inhalt der Klage.

§ 11. Uebersicht 42

§ 12. Bestimmung des Klägers und des Beklagten 43

§ 13. Die rechtliche Natur der Klage 46

II. Teil.

Die Entwicklung der Klage de re praestita seit der Lex Salica.

I. Abschnitt.

Die Entwicklung bis zur Rezeption.

§. 14. Uebersicht 51

§ 15. Die Volksrechte. 51

§ 16. Das spätere salische Recht. 54

§ 17. Das altnorwegische Recht 57

Seite
§ 18. Der Sachsenspiegel 62
§ 18a. Die Familie des Sachsenspiegels 67
§ 19. Der Deutschenspiegel, der Schwabenspiegel und seine Familie 69
§ 20. Die Sammlungen der Schöffensprüche 72
§ 21. Die Stadtrechte 73
§ 22. Zusammenfassung 75

II. Abschnitt.

Die Entwicklung seit der Rezeption.

§ 23. Die italienische Jurisprudenz 76
§ 24. Die gemeinrechtliche Jurisprudenz 79
§ 25. Die gemeinrechtliche Gesetzgebung 81
§ 26. Der gemeinrechtliche Mandatsprozeß in endgültiger Fassung 82
§ 27. Der preußische Mandats- und Bagatellprozeß 84
§ 28. Das geltende Recht 85

Schluß:

§ 29. Ausblick 87

Einleitung.

§ 1.

Der Ausdruck praestare ist bei Du Cange[1]) mit „mutuum dare, commodare non accepta mercede" übersetzt. Es bezeichnet also dasjenige Rechtsgeschäft im germanischen Recht, welches wir mit Leihe und Darlehn bezeichnen[2]). Zur Anschauung des Wortgebrauchs in dieser Bedeutung mögen einige Beispiele angeführt werden: Lex Bajuw. Tit. I. cap. 1[3]), (Es hat jemand der Kirche eine Schenkung gemacht)

„post haec nullam potestatem habeat, nisi defensor ecclesiae beneficium praestare voluerit ei".

und Lex Wisig. X 1,13:[4])

„De caballo praestito. si quis praestitum aut conductum caballum . . . . habuerit, et dum in ipso beneficio aut conductura est, damnum fecerit . . . ille qui praestitum post se habuit, ipse . . . damnum componat".

Als Leihe erscheint praestare in add. ad legem Frisionum Tit. X:[5])

---

1) Bd. V. S. 414.

2) So Geffcken S. 202; Sohm, Pr. S. 34. Heusler Inst. II S. 229, 234. Brunner, RG. II S. 520 Anm. 1. Grimm, RA. S. 611. Gierke, In Holtzendorffs Encykl. I. S. 524, v. Halban III S. 330. Anm. 4. Esmein S. 9, Sickel, S. 8.

3) Mon. LL. III. S. 270.

4) Mon. LL. Sectio I tom. I. S. 387.

5) Mon. LL. III. S. 365.

„de re praestita. si homo alii equum suum praestitarit vel quamlibet aliam pecuniam, talem, qualis ei praestita est, reddat domino eius; et si forte peioratum reddiderit, componat ei . . . “

und durch Gegenüberstellung von Cod. Theodos. II 31,1:

„cum nisi specialiter, ut pecuniam commodet, a domino fuerit postulatus idem dominus teneri non possit“

und Cod. Justin. IV 26,13:

„cum nisi specialiter, ut pecuniam praestet, a domino fuerit postulatus idem dominus teneri non possit“.

Als Darlehen findet man praestare im Capit. Missorum Niumagae datum a. 806 m. Martio c. 16[1]):

„foenus est, qui aliquid praestat, iustum foenus est, qui amplius non requirit nisi quam praestat“.

Aus dieser mannigfachen Anwendung, die durch die angeführten Stellen noch nicht erschöpft ist, dürfte man schließen, daß praestare jede freiwillige Hingabe an einen anderen unter Vorbehalt der Rückforderung („la concessionen précaire“)[2]) bedeutet.

Das Geschäft ist ein Vertrag, dessen streng einseitige Verpflichtung durch Hingabe der anvertrauten Sache (re) entsteht, ist einer der Realkontrakte des alten Rechtes[3]).

§ 2.

Wenn ich im Vorhergehenden von der materiellen Bedeutung der res praestita gesprochen habe, geschah dies nur, um den Ausdruck als solchen zu erklären. Ich kann mich der Auffassung, welche die Entwicklung einer Klage de re praestita unter Zugrundelegung der materiellen Klagevoraussetzung beobachtet[4]), deswegen nicht anschließen, weil nach dieser Ansicht

---

[1]) Mon. LL. Sectio II tom. I S. 152.

[2]) Fustel de Coulanges, V, S. 129 Anm. 3.

[3]) Esmein, Etudes, S. 7. Sohm, Eheschließung, S. 24. v. Amira, Obligationenrecht II S. 344.

[4]) Gierke, II S. 558 Anm. 25. Meyer, Entw. u. Eig. S. 84.

im Folgenden die Klagen, wie sie sich jeweils aus Leihe (besser concession en précaire) ergeben, behandelt werden müßten. Dies widerspräche jedoch dem deutschrechtlichen Klagebegriff, der in der Klage nur „die Anrufung der richterlichen Hilfe“ [1]) sieht; d. h. die deutschrechtliche Klage erhält ihre charakteristischen Erkennungsmerkmale nicht wie die römische actio von dem materiellen Anspruch, dem Rechtsverhältnis. aus dem sie entspringt; ihr Wesen zeigt sich vielmehr in dem rechtsförmlichen Begehren, welches zur Geltendmachung irgend eines Anspruchs dient. Ist auch von der res praestita und ihren privatrechtlichen Wirkungen im alten Recht vielfach die Rede, so zeigt sich die Behandlung einer Klage de re praestita im angegebenen Sinne doch nur an einer Stelle, nämlich dem Titel 52 der Lex Salica. Dieser muß also die Grundlage der Arbeit bilden. Denn in ihm allein zeigt sich das Klageverfahren, das man — mit strenger, nunmehr technischer Bezeichnung — als „Klage de re praestita“ ansprechen darf. Dem entspricht, daß der materielle Rechtsgrund für die Gestaltung der Klage selbst ohne jede Bedeutung bleibt; seine Besprechung und Erforschung ist aus dem ganzen Verlaufe des Verfahrens, das im wesentlichen durch die Erfüllung formeller prozessualer Erfordernisse vorwärts schreitet, völlig ausgeschaltet. Der Anspruch auf Rückgabe der anvertrauten Sache ist nur der äußere Anlaß für die Anwendung eines Verfahrens, das unabhängig von dieser materiellen Voraussetzung eine selbständige, deutlich erkennbare Entwicklung bis ins geltende Recht durchmacht. Der Abschnitt über die Entwicklung der Klage de re praestitia wird sich daher mit denjenigen Institutionen des späteren Rechtes beschäftigen, deren Wurzel in der „Klage de re praestita“ des Titels 52 der Lex Salica zu finden ist.

---

[1]) Laband, S. 2; so die herrschende Meinung.

Erster Teil.

I. Abschnitt.

§ 3.

Die Lex Salica behandelt die Klage de re praestita in Titel 52. Der Text (nach Merkel A.) lautet:

„De rem prestitam. Si quis alteri aliquid prestiteri de rebus suis et ei noluerit reddere, sic eum debe admallare. cum testibus ad domum illius cui res sua prestitit accedat et sic contestetur: quia res meas no luisti reddere quas tibi prestiteram in hoc eas ten nocte proxima quod lex salica continet. et sic ei solen collocet. si nec tunc reddere voluerit, adhuc supe septem noctes [ei spacium dare debet. et ad septen noctes] ad eum similiter contestetur ut nocte proxim in hoc quod lex salica habet res suas tenere debeat. s nec tunc voluerit reddere, ad alias septem noctes a eum similiter cum testibus veniat et tunc eum roge ut debitum suum reddat. si nec tunc voluerit conponer solem ei collocet. quod per tres vices solem ei collocavit, semper per singulas vices 120 dinarii hoc es terni solidi ad debitum adcrescant. si nec tunc volueri reddere nec fidem facere reddendi, super debitum e qui prestitit aut super illos 9 solidos qui per singula admoniciones adcreverunt, malb. necthanteo antesalin malb. nectanto, malb. thaute 600 denarios qui faciur solidos 15 culpabilis iudicetur [adhuc amplius supe debitum]“.

Ich übersetze die Stelle:

„Von anvertrauter Sache. Wenn jemand einem anderen etwas von seinen Sachen anvertraut hat und der hat sich geweigert, sie ihm zurückzugeben, so soll er ihn auf folgende Weise vor Gericht bringen. Mit Zeugen soll er zum Hause dessen, dem er seine Sachen geliehen hat, gehen und so die formelle Aufforderung an ihn richten: Weil du dich geweigert hast, meine Sachen, welche ich dir geliehen habe, zurückzugeben, so behalte sie für den Verlauf der nächsten Nacht auf das hin, was die Lex Salica darüber enthält. Und dann soll er ihm die Sonne setzen. Wenn dieser sie auch dann nicht zurückgeben will, so soll er noch über 7 Nächte ebenso an ihn die Aufforderung richten, nämlich er solle für die nächste Nacht, kraft dessen, was die Lex Salica darüber enthält, seine Sachen behalten. Wenn dieser sie auch dann nicht zurückgeben will, soll er nach anderen 7 Nächten ebenso mit Zeugen hinkommen und dann ihn ersuchen, den Gegenstand, den er schulde, zurückzugeben. Wenn dieser auch dann nicht zahlen will, soll er ihm die Sonne setzen. Dadurch, daß er ihm dreimal die Sonne gesetzt hat, sollen immer für jedesmal 120 den., d. h. 3 solidi der Schuld anwachsen. Wenn er aber auch dann weder zurückgeben, noch sich förmlich verpflichten will, so soll er für schuldig erkannt werden, außer dem, was er dem Verleiher schuldig ist, und außer jenen neun solidi, welche durch die einzelnen Mahnungen angewachsen sind, 600 den. d. h. 15 solidi zu zahlen."

Der Titel 52 behandelt das Verfahren de re praestita nur zum Teil ausführlich. Mit Sicherheit lassen sich eigentlich nur die 3 testationes und das 3malige solem collocare, sowie die Höhe der verwirkten Bußen feststellen. Darüber wird also zunächst zu sprechen sein.

§ 4.

Der besonderen Bedeutung des testari wurde von den älteren Schriftstellern keine Beachtung geschenkt. Man hielt es für gleichbedeutend mit der ordentlichen Ladung, der mannitio.

So glaubt Maurer[1]), daß nach dreimaliger vergeblicher mannitio der Ausgebliebene exequiert werden könne, und führt als Beleg u. a. Tit. 54 (Merkel tit. 52) an. Auch Waitz[2]) spricht von Ladung im allgemeinen im Zusammenhang mit der Klage de re praestita. Ganz unerklärlich ist die Auffassung Türks[3]), der drei gerichtliche Mahnungen vor der Verurteilung (culpabilis iudicetur) annimmt, denen zwei Mahnungen in einer Zwischenzeit von viermal sieben Nächten vorangegangen seien. Wiarda[4]) allein bezeichnet das testare mit „Anmahnung". Deutlich und bewußt unterscheidet erst Siegel[5]) die mannitio von der testatio, die er als „Aufforderung, der Verbindlichkeit nachzukommen," der Schuldheischung späterer Quellen gleichstellt. Es ist hierzu der formelle Charakter dieser Aufforderung nebst der Beschränkung des Begriffs Verbindlichkeit auf privatrechtliche Verbindlichkeiten[6]) zu beachten. Zudem ist die Anwesenheit von Zeugen erforderlich, über die in Liutprandi leges de anno V, 8, II[7]) gesagt ist:

> „testes vero ipsi tales sint, quorum opinio in bonis praecellat operibus, et quibus fides omittitur vel quibus princeps aut eius iudices credere possent".

Auch über den Ausdruck solem collocare ist man erst allmählich zur Klarheit gekommen. Die älteren Schriftsteller, so Wiarda[8]), Bouquet[9]), Heineccius[10]), Clement[11]) und selbst noch Geffcken[12]) und Hermann[13]) meinen, daß in

---

[1]) Gerichtsv. S. 53.
[2]) S. 155.
[3]) S. 211.
[4]) S. 240.
[5]) GV. S. 69f.
[6]) Geffcken, S. 124 sagt „Rechtspflicht" viel zu weit entsprechend der begrenzten Anwendung der testatio.
[7]) Mon. LL. IV S. 75.
[8]) S. 196.
[9]) Bd. IV S. 482 Not. h.
[10]) Bd. II S. 465.
[11]) S. 178, 288.
[12]) S. 196.
[13]) S. 162f.

dem solem collocare eine weitere Fristsetzung zu erblicken sei. Dem widerspricht eine Stelle im Titel 50 Cap. 1 der Lex Salica:

(Der Gläubiger hat im Gerichtstermin das nexti cantichio des Thunginus erwirkt und selbst durch eine testatio dem Schuldner die freie Verfügung über sein Vermögen entzogen.)

„Dann soll er eilig (festinanter) bevor die Sonne untergeht, zum Hause des Schuldners . . . laufen und ihn zur Erfüllung auffordern. Weigert er sich dann noch: solem ei collocet“.

Dies muß vor dem Hause des Schuldners geschehen; denn der Gläubiger mußte noch vor Sonnenuntergang zum Hause des Schuldners eilen, um das solem collocare vornehmen zu können[1]). Sobald dies geschehen ist („tunc si solem ei collocaverit“) sind drei solidi verwirkt. Wäre das solem collocare eine Fristsetzung, so hätte es gar keinen Sinn, mit der Ansetzung der Frist die drei solidi verfallen zu lassen. Diese könnten erst verwirkt sein, wenn auch die neue Frist nicht eingehalten würde.

Nachdem durch Grimms[2]) Forschungen erwiesen worden ist, daß solem collocare mit dem fränkischen sôlsatian (daraus solsadire) gleichbedeutend ist, fällt die Deutung leichter. Noch Maurer[3]) unterscheidet solem collocare von solsadire streng, und obwohl er, wie später gezeigt wird, das letztere im wesentlichen richtig versteht, faßt er infolge der Scheidung das erstere falsch. Aus den andegavischen Formeln (Cap. 12, 13, 14)[4]) geht hervor, daß der Kläger den Untergang der Sonne (englisch „sunset“) hat abwarten müssen, um sein vergebliches Warten vermittelst förmlichen Protestes festzustellen.

„form. 12: „qui placitum eorum legebus a mane usque ad vesperum visi fuerunt custodisse“ . . .

Der, welcher placitum attendit (placetum adtendedit), den Zahlungstermin beobachtet hat und zugleich solsadivit, d. h. den

---

[1]) a. M. Waitz, S. 162.

[2]) R. A. S. 817. Vorrede zu Merkel, S. VII.

[3]) GV. § 43 a. E.

[4]) Mon. FF. p. 9.

Untergang abgewartet hat, kann dies mittels der notitia solsadii formell feststellen (subter firmare). Schließlich wird „solsadia" technischer Ausdruck für den gedachten Protest, wie aus der Überschrift der formula Andegav. cap. 13.

„incipit (item) solsadia"

hervorgeht. Auch Maurer faßt die solsadia so, wenngleich seine Ableitung des Wortes von „sol" und „satis", gleichsam: „die Sonne befriedigen", von der modernen Sprachforschung widerlegt ist[1]). Nur sieht er in dem erwähnten placitum stets einen gerichtlichen Termin[2]). Aus keiner der von Maurer angeführten Belegstellen ist das irgend zu schließen. Aus der schon oben zitierten Stelle:

„qui placitum . . . custodisse"

schließe ich geradezu das Gegenteil. Das durch das „visi fuerunt" angedeutete Urteil[3]) hätte über das custodisse nicht gefunden zu werden brauchen, wenn das Auswarten des Beklagten sozusagen unter den Augen des Gerichtshofes in der Versammlung stattgefunden hätte. Waitz[4]), Siegel[5]) lassen zwar die Bedeutung „Frist" gelten, glauben aber, daß stets, wenn die Bedeutung Termin anzunehmen sei, von einem gerichtlichen Termin die Rede sei. Sohm[6]) erst weist darauf hin, daß placitum in der Bedeutung „Termin" nicht nur für den gerichtlichen, sondern für jeden Termin zutrifft. Auch Behrend[7]), der hierüber aufs eingehendste spricht, gelangt zu dem Resultat, daß „placitum und mallus . . . . . nicht synonym sind"[8]), wenngleich sie mitunter zusammenfallen. Als Belege mögen noch angeführt werden Epitome der Wolfenbüttler Handschrift zur Lex Rom. Wisig. Pauli Sent. I, 10,1:

---

1) vgl. Siegel, S. 54 Anm. 15.
2) Ebenso Müllenhoff bei Waitz, S. 297 und Bethmann-Hollweg, S. 473 Anm. 45.
3) Behrend, Pr. S. 67, Anm. 2.
4) S. 180, Anm. 2.
5) S. 249 f.
6) R. u. GV. S. 65 Anm. 25.
7) Pr. S. 77 ff.
8) a. a. O. S. 81 Anm. 1.

„quomodo causam perdidit, quicunque quod prestitit ante placitum petit vel plus petit“

und eine Stelle, welche Löning[1]) andeutet, der gleicher Meinung ist: Lex Bajuw. XVI § 10[2]):

„Qui arras dederit pro quacunque re, pretium cogatur inplere, quod placuit emptori. et si non accurrerit ad diem constitutum vel antea non rogaverit ad placitum ampliorem, hoc neglexerit facere: tunc perdat arras et pretium, quod debuit impleat“.

Es handelt sich um die Verwirkung der arrha, falls nicht rechtzeitig (ad placitum) der Kaufpreis erlegt ist. Hieraus ist deutlich zu erkennen, daß placitum auch die Bedeutung eines außergerichtlichen Termins haben kann. Ist aber erst das placitum custodire von dem gerichtlichen Termin losgelöst, so eröffnet sich für das nach Maurer[3]) gleichbedeutende solsadire (solem collocare) dieselbe Möglichkeit. Es fragt sich nur, ob sich in der Lex Salica ein Anhalt dafür findet, daß die solsadia außergerichtlich stattgefunden hat. Am heftigsten vertritt Hermann[4]) die entgegengesetzte Ansicht. Auch er sieht, wie die Neueren im allgemeinen, die Sonnensetzung nicht als Fristsetzung, sondern als „Mittel der formalen Feststellung der Faktivität“[5]), d. h. des Ungehorsams[6]) an. Jedoch wehrt er sich durchaus, diese Handlung als außergerichtlich anzusehen. Er geht davon aus, daß die Franken ihre Privatgeschäfte an den Markttagen auf den Märkten vorgenommen haben; weiter auch diejenigen Prozeßhandlungen, die sich etwa aus einem Streit aus solchen Geschäften ergaben. Zu diesen gehört die Sonnensetzung. „Der Schauplatz unserer drei Sonnensetzungen ist also das Marktgericht“[7]). Hermann übersieht hier, daß die Sonnensetzungen jeweils 1) per nondenas, 2) per septem,

---

1) S. 55 Anm. 10.

2) Mon. LL. III S. 323.

3) GV. § 43.

4) S. 170 ff.

5) S. 173.

6) s. unten § 6.

7) S. 186.

3) per decem noctes stattfinden sollen. Mag er auch nondenae mit den septem noctes zusammenlegen[1]), die decem noctes passen keinesfalls hinzu. Für diese gehen die Markttage samt dem Marktgericht, deren Existenz überhaupt unbewiesen bleibt, verloren[2]). Damit hat die solsadia den Gerichtsplatz, den ihr Hermann anweist, verloren. Aus der allerdings vor Gericht ausgestellten notitia solsadiae ist wie oben S. 8 dargelegt, durchaus nicht zu folgern, daß auch die in ihr bekundeten Handlungen im Gericht stattfinden. Mag man auch die streng verfolgte „Formalaktstheorie" Sohms, welche in jeder formellen Handlung einen das ganze Verfahren beherrschenden Akt sieht, für übertrieben und unwahrscheinlich halten, so ist doch richtig, daß die solsadia einen außergerichtlichen Akt darstellt, der durch seine Formalität ähnliche Rechtsfolgen herbeiführt, wie etwa der heutige Wechselprotest[3]). Auch die Außergerichtlichkeit des Aktes ist aus der oben zitierten Stelle aus Tit. 50 Cap. 1 zu folgern. Denn es ist nicht anzunehmen, daß der Gläubiger, nachdem er vom Gericht eilig zu dem Schuldner laufen muß um ihn noch vor Sonnenuntergang an seine Schuld zu mahnen, nunmehr wieder zum Gericht sich zurückbegibt, um wiederum vor Sonnenuntergang formellen Protest zu erheben[4]).

Nachdem die testatio und solsadia ihrer allgemeinen Bedeutung nach betrachtet worden sind, ist nunmehr festzustellen, wie sie in dem Verfahren de re praestita verwendet werden. Der Text weist eine dreimalige testatio auf, deren letzte allerdings umschrieben ist durch „cum testibus venire et rogare". Es ist aber auch hierunter eine testatio zu verstehen. Das lehrt die gleichzeitige solsadia, die stets mit dieser verbunden vorgenommen wird. Daß das solem collocare dreimal gegeschieht, ist im Texte ausdrücklich vermerkt (per tres vices). Die einzelnen Akte spielen sich in einem Abstand von sieben

---

[1]) S, 163 Anm. 1 mit Waitz S. 144.

[2]) Vgl. Geffcken, S. 196, der sich durch die tres nondenae in der Beurteilung der solsadia irreleiten läßt.

[3]) Siegel, S. 70.

[4]) Ebenso Sohm, Pr. 30 Anm. 26.

Nächten ab. Das würde, wenn man unbedenklich dem Titel 52 folgte, eine Frist von etwa 2 Wochen für den ganzen Hergang ergeben. Dies widerspricht jedoch der Angabe in Tit. 50 Cap. 1 und Tit. 45, daß mit den drei Akten tres nondenae bezw. 30 noctes vergehen. Da das Verfahren der dreimaligen Wiederholung der kombinierten testatio und solsadia in den Titeln 50 Cap. 1, 45 und 52 genau entsprechend behandelt ist, ergibt sich auch für Titel 52 ein dreimaliger Ablauf der 7 Nächte. Fraglich ist, wo nunmehr der übrigbleibende Dritteil einzustellen ist. Die Antwort ist aus Tit. 50 Cap. 1 zu entnehmen, worin vermerkt ist, daß die erste testatio eiligst (festinanter) nach der letzten prozessualen Tätigkeit des Gläubigers vorzunehmen ist. Es steht also der letzte Dritteil der Frist hinter der letzten testatio mit solsadia. Dieser Akt muß daher eine Fristsetzung sein. Für die solsadia glaube ich bewiesen zu haben, daß sie nur Protest und nicht Fristsetzung ist. So kann also die testatio keine bloße formelle Aufforderung[1]) sein, sie muß eine Fristsetzung enthalten. Hierfür liefert den Beweis Titel 45, in dem die Formel[2]) der testatio überliefert ist:

> „sic ei debet testare: homo in hoc tibi testo, ut in hac nocte . . . . sedeas, et testo tibi, ut in decem noctes . . egredere debeas“.

Durch diese Erklärung wird man Sohm gerecht, der das Wesen der solsadia richtig erkannt hat, und verbessert den Fehler, den Geffcken in der Sohm'schen Auslegung entdeckt hat.

§ 5.

Wie sich das Verfahren abgesehen von den drei testationes und Sonnensetzungen gestaltet hat, kann nur als Vermutung angenommen werden. Die Ergänzung wird teils aus dem im Titel 52 Gesagten unter vergleichender Heranziehung der in

---

[1]) S. oben S. 6.

[2]) vgl. Schmidt, in Ztschr. d. Savigny-Stft. Germ. Abt. Bd. IX S. 227. a. M. Löning, S. 28.

Titel 45 und Tit. 50 Cap. 1 geschilderten ähnlichen Verfahrensarten vorgenommen, teils wird durch Anreihung anderer verwandter Titel an Titel 52 ein Ausbau des verstümmelt überlieferten Verfahrens de re praestita versucht.

Hier muß eine kurze Darstellung des Verfahrens de fide facta aus Titel 50 Cap. 1 und gegen den homo migrans aus Titel 45 eingeschoben werden. Ersteres gestaltet sich folgendermaßen: Wenn eine Frist von 40 Nächten, für die Erfüllung eine Schuldgelöbnisses festgesetzt, verstrichen ist, begibt sich der Gläubiger mit Zeugen zum Hause des Schuldners und fordert zur Zahlung auf (erste testatio)[1]. Ist die Aufforderung vergeblich geblieben, so hat der Schuldner 15 solidi Buße zu zahlen. Dann ladet der Gläubiger ihn vor Gericht und erwirkt das Ansprechen des Schuldners mittels einer Bannformel[2]) (nexti cantichio mallare). Dann entzieht er selbst durch eine förmliche Aufforderung dem Schuldner die freie Verfügung über sein Vermögen. Es folgt nun am Hause des Schuldners die dreimalige testatio und Sonnensetzung, die für Titel 52 im vorigen besprochen ist. Darüber vergehen drei nondenae. Mit der dreimaligen Wiederholung verfallen auch hier 9 solidi Buße.

Das Verfahren in Titel 45 gegen denjenigen Fremden, der sich gegen den Willen eines Gemeindemitgliedes in der Mark angesiedelt hat[3]), gleicht im Verlauf dem de fide facta mit der Abweichung, daß der gerichtliche Termin hinter der dreimaligen testatio steht.

Daß die Klage de re praestita nicht rein außergerichtlich ist, wird allgemein angenommen. Wo jedoch der vor dem Gericht sich abspielende Teil einzustellen sei, darüber herrscht lebhafter Streit. Als sehr verlockend muß es erscheinen, ein der Klage de fide facta ganz konformes Verfahren für die res praestita zu entdecken, da ja beide schon als gemeinschaftliches Charakteristikum die dreimalige testatio aufweisen. Sohms

---

[1]) Sohm, Pr. S. 26.
[2]) Grimm, R. A. S. 746.
[3]) Waitz, S. 124ff.

Darstellung[1]) zielt hierauf hin. Den Beweis für das Vorhandensein des gerichtlichen Termins findet er in der Malbergschen Glosse des Titels. Sie lautet: „nec thanteo antesalina (Merkel A), nec thanto (Merkel B) oder thaute (Herold). Grimm[2]) hat erkannt, daß in dieser Glosse das verstümmelte nexti cantichio aus Titel 50 Cap. 1 steckt. Sohm folgert hieraus, daß „in dem Verfahren aus der res praestita ebenso wie in dem aus fides facta der durch mannitio des Gegners vorbereitete Gerichtstermin seine Stelle hat". Wo ihn jedoch Sohm einstellt, ist hieraus noch nicht unbedingt zu ersehen. Daß er ihn der dreimaligen testatio vorausgehen läßt, erfahren wir erst an einem ganz anderen Punkte der Darstellung[3]). Um dem gerichtlichen Termine eine Basis zu geben, die „der Litiskontestation des exekutivischen Verfahrens"[4]) dienen soll, nimmt er als Einleitung des ganzen Verfahrens in Titel 52 die (auch in Titel 50 Cap. 1 an den Anfang gesetzte) testatio an. Sie sei zu erblicken in der Aufforderung, die der Weigerung in „et ei noluerit reddere" entspräche[5]). Und diese Weigerung sei es auch, welche für den Schuldner den Verlust der 15 solidi herbeiführe. Im Text selbst findet er die Bezeichnung für den gerichtlichen Termin in dem „sic eum debet admallare". Das sic, welches in der gewöhnlichen Uebersetzung „in dieser (folgender) Weise" dem admallare seine Bedeutung als selbständigen Akt gegenüber dem folgenden nähme, übersetzt Sohm mit postea und führt eine Anzahl von Belegen an, aus denen der genannte Sinn hervorgehen soll[6]). So stellt sich das admallare dem schon von jeher[7]) die gleiche Bedeutung mit mannire zugewiesen wurde, als eine selbständige Ladung vor Gericht dar. Daß von dem ganzen Termin nur die Ladung erwähnt ist,

---

1) Sohm, Pr. S. 34 ff.

2) Vorrede, S. LV. Ebenso Clement, S. 221.

3) Pr. S. 133 oben.

4) Pr. S. 37.

5) Ebenso Löning, S. 55.

6) Prozeß, S. 28 Anm. 18.

7) Maurer, GV. § 32, Thonissen, S. 275. Wiarda, S. 195, Waitz, S. 161, Pardessus, S. 598.

beobachtet Sohm nicht. Er nimmt die Verhandlung, geleitet durch das nectantheo = nexti canticbio vollständig aus Titel 50 Cap. 1 herüber[1]).

Unrichtig erscheint die Ansicht, welche der admallatio im Falle des Titels 52 eine andere Bedeutung als die der gerichtlichen Ladung gibt. Siegel, der „gerichtlich verfahren" annimmt[2]), scheint sich später selbst zu widersprechen, indem er den gerichtlichen Termin hinter die dreimalige testatio setzt und damit alle vorhergehenden Handlungen für außergerichtlich erklärt. Wie läßt sich das damit vereinen, daß das Gesetz einleitend bemerkt, „es soll folgendermaßen gerichtlich verfahren werden"? Hermann[3]) sieht in admallare ein einfaches „Ansprechen". Er verweist auf Müllenhoffs Bemerkungen über mallus und mallare[4]), worin allerdings gesagt ist, daß mallare „in einer Versamlung reden" heißt. Wenn man sich jedoch die von Siegel[5]) erwiesene Verschiedenheit zwischen mallare und admallare klarmacht, entbehrt Hermanns Ansicht, abgesehen von der höchst fraglichen Beziehung auf das angelsächsische onmâlan = alloqui, der Begründung. Hier mag auch bemerkt werden, daß Hermann fälschlich angibt, Sohm gehe von der Deutung „ansprechen" aus. An der ersten der angezogenen Stellen[6]) spricht Sohm von „mallare" im angedeuteten Sinne; an der zweiten[7]) sagt er die Worte: „in der Erwirkung des nexti canticbio soll das admallare bestehen" überhaupt nicht aus eigener Auffassung, sondern aus der v. Meiboms. An der bezüglichen Stelle bei v. Meibom[8]) ist allerdings ein nexti canticbio erwähnt, welches der Pfändung (Titel 74)[9])

---

[1]) Ebenso Bethmann-Hollweg, S. 475 Anm. 10. Löning, S. 53. Häusler, Beschr. S. 14.

[2]) S. 64 Anm. 5, wo unter den Anwendungsfällen der erwähnten Bedeutung ausdrücklich Tit. 52 angeführt ist.

[3]) S. 182.

[4]) bei Waitz S. 289.

[5]) S. 65 Anm. 7.

[6]) Pr. S. 27.

[7]) Pr. S. 32.

[8]) Nur Seite 195 kann von Sohm gemeint sein.

[9]) Siehe unten § 8.

vorausgeht. Da v. Meibom nur gräfliche Pfändungen (nicht Privatpfändungen) für gestattet hält, müsse — meint Sohm — das nexti canticlio mit dem legitime admallare zusammenfallen, welches sonst (Titel 50 Cap. 2, Titel 51 Cap. 1) die Voraussetzung der gräflichen Pfändung zu bilden habe. Das ist als Argument gegen v. Meiboms Ansicht über die Privatpfändung sicherlich richtig, ist aber eben nur von Sohm als irrealer Fall gedacht. Jedenfalls widerspricht dem v. Meiboms eigene Ansicht, der gerade im Titel 51 Cap. 1 admallatus mit „vorgeladen" übersetzen will[1]). So fällt Hermanns letzter Stützpunkt, selbst wenn seine falsche Zitierung möglichst korrigiert wird.

Am einleuchtendsten, wenngleich ja auch nur als Vermutung ausgesprochen, erscheint mir die Ansicht, daß der gerichtliche Termin hinter der dreimaligen testatio stehe. Behrend, der ihn ebendahin stellt und, wahrscheinlich irregeführt durch Sohms unvollständige Darstellung[2]), diese Ansicht als die Sohm'sche anführt[3]), muß wohl aus der Besprechung dieses Punktes ausscheiden. Siegel[4]) gelangt zu dem Resultat, indem er hinter si nec tunc voluerit reddere nec fidem facere die Worte „manniat eum et si iactivus remanet" super debitum u.s.w. einschiebt[5]). M. E. bedarf es dieses künstlichen Hilfsmittels gar nicht. Würde der gerichtliche Termin vor der dreimaligen testatio stehen, so müßte, wie auch Sohm zugesteht, diesem eine einmalige einleitende testatio vorangehen. Die einzige Möglichkeit, sie aufzuweisen, liegt darin, die Verwirkung der 15 solidi auf die Nichtbeachtung der testatio zu beziehen. Sohm hat dies versucht[6]); jedoch, wie ich glaube, ohne Erfolg. Es ist höchst unwahrscheinlich[7]), daß die 15 solidi am Schlusse des Titels auf eine formelle Versäumnis des Schuldners am

---

1) S. 195 Anm. 20.
2) s. o. S. 13.
3) Pr. S. 86.
4) Siegel, S. 72.
5) Ebenso Opet S. 126.
6) Pr. S. 37.
7) Heusler, Inst II S. 235 Anm. 12.

Anfange des Verfahrens zurückgehen sollten, zumal da das Gesetz bei den Bußen von drei solidi deren Zugehörigkeit zu den drei testationes aufs deutlichste kennzeichnet. Damit gelangt man auch zu einer natürlicheren Erklärung des „et ei noluerit reddere.“ Dies ist keine Weigerung auf eine vorhergehende testatio, einen Formalakt, den man sich erst hinzudenken müßte; sondern es ist einfach die Versäumnis des Fälligkeitstermins[1]) für die Rückgabe der res praestita. Ich will nicht in Abrede stellen, daß der bezeichneten Weigerung etwa eine private (formlose) Mahnung des Gläubigers vorausgegangen sein kann, von der das im Gesetz ausgeführte Prozeßverfahren nicht zu sprechen braucht; doch hat diese sicherlich mit unserer formelleu testatio, deren Nichtbeachtung als Strafe für das in der Vorenthaltung liegende Unrecht[2]) eine Buße von 15 solidi nach sich zieht, nichts zu tun. Nunmehr fehlt dem gerichtlichen Akt vor den Testationen die Basis, die auch Sohm für notwendig erachtet. Eine Stütze hätte nach Heusler[3]) Sohms Ansicht noch finden können, wenn admallare an der besprochenen Stelle die Bedeutung „vor Gericht laden“ hätte. Ich meine jedoch, daß das hierauf gar keinen Einfluß hat. Ich sehe keinen Grund[4]), weshalb für das admallare hier eine andere Bedeutung als die gewöhnliche angenommen werden soll. Nur enthält hier admallare keine sofortige Ladung, sondern eine solche, die nun abhängig vom

---

[1]) Die Schuld ist zwar von vornherein fällig. Sie selbst aber entsteht erst in dem Zeitpunkte, in welchem die rechtliche Bestimmung, zu leisten (das Leisten = Sollen), hier die Rückgabepflicht des Schuldners, welche bis dahin sich in Ruhe befindet, zu verwirklichen ist (Puntschart S. 107). Dieser Zeitpunkt tritt mit der sofort zu erwähnenden formlosen Mahnung ein, durch welche also auch die Fälligkeit herbeigeführt wird. (vgl. v. Amira Obligr. II S. 90).

Die Haftbarmachung des Schuldners geschieht späterhin durch das „nexti cantichio“ im gerichtlichen Termin (vgl. unten § 7), wenn die Haftung nicht schon vorher durch freiwillige Ableistung der fides facta durch den Schuldner begründet ist (siehe unten § 6).

[2]) siehe unten § 7 a. E.

[3]) a. a. O.

[4]) S. oben S. 13.

folgenden Verfahren ausgeführt wird[1]). Das sic in ursprünglicher Bedeutung gefaßt, liefert den Zusammenhang. Es deutet darauf hin, daß der Modus des admallare, des „Vor-Gericht-Bringens“, im folgenden angegeben sei. In dem sic sind die drei testationes mit der dreimaligen solsadia enthalten, die zur Herbeiführung des gerichtlichen Termins vorgesehen sind. An keiner anderen Stelle als im Anschluß an diese kann der gerichtliche Termin stattfinden[2]).

§ 6.

Nachdem ich nachzuweisen versucht habe, wohin im Verlaufe des Verfahrens der gerichtliche Termin zu stellen ist, muß ich nachholen, daß bis zu dessen Beginne das Gesetz mit der Möglichkeit rechnet, der Schuldner werde sich durch reddere oder fidem facere reddendi den Folgen seiner bisher geübten Lässigkeit entziehen. Wenn er die Sache zurückgibt, bricht das Verfahren natürlich sofort ab. Leistet er die fides facta in diesem letzten Zeitpunkt, den ihm das Gesetz zum Entgegenkommen gibt, so erhält er die Frist, die dem Erfüllung Gelobenden im allgemeinen zugestanden wird: „quadraginta noctes aut quomodo placitum fecerit“[3]), 40 Nächte oder eine andere Frist, die der Gläubiger dem Schuldner gesetzt hat. Was aber geschieht, sollte es ihm dann wiederum einfallen, die Leistung zu verweigern? Darf man annehmen, daß jetzt das Betreibungsverfahren, wie es Tit. 50 Cap. 1 beschreibt, stattfinden soll? Heusler, der diese Ansicht vertritt, hat selbst den nächstliegenden Einwand angeführt[4]): es würde dies in der Tat ein „allzu langes Aufziehen“ des Gläubigers herbeiführen! Diese vom Gesetze als Teil eines Prozeßverfahrens vorgesehene fides facta ist doch anders zu betrachten als der unter Privaten gelegentlich abgeschlossene Gelöbnisvertrag. Ihre Durchführung

---

[1]) London, S. 36.

[2]) Zu demselben Resultate gelanzen Brunner, II S 221, Wiarda, S. 240. Heusler, Inst. II S. 235 (anders in Beschr. S. 14) London, S. 36. Siegel, S. 72. Behrend, Pr. S. 86.

[3]) Lex Salica Tit. 50 cap. 1.

[4]) Inst. II S. 235 Anm. 12.

bedarf einer rascheren Erledigung. Soll sie doch für den Schuldner ein Ultimatum sein und nicht die Gelegenheit bieten, dadurch, daß er sie nicht erfüllt, den Gläubiger um viele Wochen dem Ziele seines Begehrens ferner zu rücken. Ich glaube, daß diese Ueberlegung am sichersten zur Entscheidung des Streites führt, ob Tit. 50 Cap. 2 nur die Fortsetzung von Cap. 1 h. t. bildet oder ein Verfahren für sich darstellt. Die zu verschiedenen Auffassungen führende Stelle in Cap. 2 lautet:

„si quis ad placitum legitime fidem factam noluerit solvere, tunc ille cui fides facta est ambulet ad grafionem loci illius in cuius pago manet et adprehendat fistucam et dicat verbum: tu grafio homo ille mihi fidem fecit quem legitime habeo iactivo aut (vel, et)[1] admallatum in hoc qu. l. s. c . . ego super me et super fortuna mea pono quod tu securus mitte in fortuna sua manum. et dicat de causa et de quantum ei fidem fecit. tunc grafio collegat . . . . . “.

Nachdem auf Grund der äußeren Zusammengehörigkeit Kapitel 1 und 2[2]) des Tit 50 stets verbunden und als einheitliches Verfahren angesehen worden sind[3]), weist Siegel[4]) als erster auf den wesentlichen Unterschied zwischen beiden hin. Er unterscheidet ein außergerichtliches (privates) und ein gerichtliches Erfüllungsgelöbnis, welch letzteres nach der Urteilsfällung auf dem echten Ding geleistet worden sein soll. Das echte Ding sieht er in dem placitum, zu welchem er das folgende legitime zieht. So wird die fides facta in Cap. 2 zum Urteilserfüllungsgelöbnis. Da nur im Deliktsprozeß ordentliche Urteile ergehen[5]), würde folgen, daß Cap. 2 nur Anwendung findet, wenn aus einem Delikt geklagt wird. Die Verbindung von legitime und placitum ist aber aus grammatischen Gründen

---

[1]) Abweichend von Merkel entsprechend Pardessus Text 1 bezw. 5 (em.) bezw. 2, 4. Vgl. Behrend, Pr. S. 84 Anm. 2.

[2]) In anderen Ausgaben Cap. 1, 2 und 3, 4.

[3]) Wilda, in Zeitschr. f. d. R. I. S. 182.

[4]) S. 250.

[5]) Sohm, Pr. S. 125.

wenig wahrscheinlich. Dies ist auch eines der Hauptargumente, die Behrend gegen Siegels Auffassung anführt. Er zieht legitime natürlicher nicht zu placitum, sondern zu dem folgenden. Es ist freilich nicht einzusehen, warum er es nun nicht zu dem nächst liegenden fidem factam bezieht. Tun wir dies, so folgt, daß Cap. 2 von einem nach der Vorschrift des Gesetzes geleisteten Erfüllungsversprechen ausgeht, mag dies nun vor Gericht nach dem Urteil[1] oder auf Grund einer gesetzlichen Bestimmung an einer anderen Stelle des Prozesses geschehen sein. Eine solche legitime facta fides ist die in Tit. 52 erwähnte[2]). Wenn auch die im Prozeß vorhergesehene fides facta vielleicht ursprünglich nur Urteilserfüllungsgelöbnis war — ein Zugeständnis, das man den Älteren wohl machen kann —, so löst sie sich doch allmählich von dieser alleinigen Funktion los und wird zu einem „allgemeinen prozessualen Institut"[3]). Das placitum des Titel 50 Cap. 2 ist dann der Tag, an dem die Frist (40 Nächte aut quomodo . . .) nach Ableistung der fides facta in Tit. 52 verstrichen ist. Wird bis zu ihm nicht geleistet, so hat der Gläubiger nach Tit. 50 Cap. 2 zu verfahren, ohne daß die mannigfachen Formalitäten des Cap. 1, die der außergerichtlichen fides facta vorbehalten bleiben, berücksichtigt und ausgeführt werden. Er begibt sich zu dem ortszuständigen Grafen, unter dem hier der königliche Graf (nicht der Dorfvorsteher) zu verstehen ist[4]), und bringt sein Anliegen vor. Zunächst erfolgt eine Substanziierung des Begehrens:

„tu grafio . . . in hoc qu. l. S. c.[5])"

Durch „iactivus" wird der Ungehorsam des Schuldners, der bis zum Ablauf des Fälligkeitstages nicht gehandelt hat, wie er

---

[1]) Siegel, S. 219 ff.
[2]) v. Meibom, S. 45.
[3]) Löning, S. 267.
[4]) v. Meibom, S. 72. Sohm, Pr. S. 18 Anm. 8. Waitz, 136 Anm. 3 a. M. Eichhorn, i. Ztschr. f. gesch. RW. Bd. I. S. 76.
[5]) Siehe oben S. 18.

sollte[1]), bezeichnet. iactivus muß wohl doch entgegen Sohm als ein gerichtstechnischer Ausdruck angeführt werden, wie aus dem hinzugefügten legitime und der Parallelstellung mit admallatum zu ersehen ist. Daran ändert auch die andere Verwendung des Wortes in den Formeln Senonenses recent. N. 4, Bignon. N. 14, Lindenbrog. N. 21[2]) nichts. Dagegen führe ich an, daß in der Formel Cartae Senonicae N. 14[3]) in den Worten „placito suo neglexit, et iactivus exinde remansit" der Gebrauch des iactivus ein gerichtstechnischer ist. „Admallatum" bedeutet das Verfahren des Titels 52, soweit es bis zum Gerichtstermin beschrieben worden ist[4]). Diese beiden[5]) Erfordernisse (jactivus aut admallatus) müssen, wie es das Gesetz vorschreibt (legitime — in hoc qu. l. S. c.), erfüllt sein, damit das Begehren selbst gestellt werden kann[6]). Der Gläubiger verbürgt sich mit Leib und Gut durch Halmwurf[7]), festuca (vgl. Lex Salica Tit. 77 [Ed. Hilperichi] cap. 7: mittat festuco super se)[8]), daß der Graf rechtmäßig Hand an das Vermögen des Schuldners legen könne. Durch diese Handlung übernimmt der Kläger die Verantwortung für das folgende Verfahren. Es ist also wiederum nicht das Gericht, welches von Amtswegen die Pfändung vornimmt, sondern es stellt nur der Beamte dem Gläubiger seine Autorität zur Bewirkung der Pfändung zur Verfügung[9]). Dann muß der Gläubiger dem

---

1) Siegel, S. 52. Ebenso Maurer, GV. S. 49. Behrend, Prozeß S. 84, 2. Bethmann-Hollweg IV S. 516 Löning, S. 62. Anm. 3. Sohm, Proz. S. 167 Anm. 9 (jedoch mit Einschränkung) R.- u. GV. S. 169 Anm. 96. a. M. Wiarda S. 201, Rogge, S. 20 (die iactivus mit geständig, „gichtig" übersetzen). Waitz, S. 297 (schuldfällig). Hermann, S. 180 (weddehaft).

2) M. G.H. Form S. 213, 233, 282.

3) a. a. O. S. 189.

4) s. oben S. 13.

5) a. M. Wilda in Ztschr. f. d. R. I. 183 Anm. 26.

6) v. Meibom S. 74.

7) Siehe darüber v. Amira Stab S. 151ff.

8) Clement, S. 221.

9) Aehnlich Siegel, S. 248, Wilda S. 183, a. M. Waitz S. 182 v. Meibom S. 128, Sohm Pr. S. 171 Anm. 17.

Grafen den Rechtsfall erklären und sagen, in welcher Höhe daraufhin ein Gelöbnis geleistet worden ist. Nun schreitet der Graf zur Exekution. Mit sieben Rachinburgen geht er zum Hause des Schuldners, richtet an ihn, wenn er daheim ist, eine Zahlungsaufforderung und überläßt es ihm, mit zwei selbstgewählten Rachinburgen bewegliche Sachen aus seinem Eigentume bis zur Höhe der Schuld auszuwählen und dem Gläubiger an Zahlungsstatt zu übergeben. Wenn aber der Schuldner, gleichviel ob zugegen oder abwesend [1]), nicht hören will, sollen die Rachinburgen nach eigener Schätzung aus seinem Vermögen Gegenstände bis zum Werte der Schuld entfernen oder sie sollen, nach anderer Ansicht [2]), nur die Auswahl treffen und der Graf die Entfernung vornehmen [3]).

Zum Schlusse ist noch die Bestimmung getroffen, daß von dem, was der Schuldner [secundum] legem zu zahlen schuldig ist, der Gläubiger zwei Teile erhalten soll; den dritten Teil darf der Graf [4]) als fretus, Friedensbruchsgeld für sich in Anspruch nehmen. Sohm [5]) hat auch aus dieser Stelle geschlossen, daß Tit. 50 Cap. 2 nur beim Delikt zur Anwendung käme, da von dem Betrage einer Kontraktsschuld der Gläubiger unmöglich ein Drittel als fredum in Anspruch nehmen könne". Man kann mit Hermann [6]) eine zweimalige Pfändung (secundum fidem factam — secundum legem) annehmen, deren Objekt die Höhe des geschuldeten Betrages — der Gesamtbetrag der Bußen ist, von dem dann auch der fredus abgezogen wird. Natürlicher ist jedoch die Vermutung, daß in Tit. 50 Cap. 2 mit dem häufigsten Falle seiner Anwendbarkeit nämlich derjenigen beim Delikt gerechnet wird; d. h. der

---

[1]) Anders b. Waitz, S. 259 infolge anderer Interpunktion.

[2]) Sohm, Pr. S. 174 Anm. 21.

[3]) Egger, S. 405 hält neben der gräflichen auch Selbstfändung für zulässig.

[4]) Planitz, S. 23 setzt hierfür unbestimmt „die öffentliche Gewalt". Nicht bei der Privatpfändung (wie Planitz annimmt), sondern nur bei der Grafenpfändung erhält der Graf und nur dieser den fretus.

[5]) Pr. S. 125 Anm. 3.

[6]) S. 182 i. d. Anm.

Deliktsfall wird im Gesetz supponiert[1]); bei einer Kontraktsschuld[2]) findet die Bestimmung allein auf die verfallenen Bußen entsprechende Anwendung, wie Behrend eingegend dargelegt hat[3])[4]).

Da auch die Ansprechung des Grafen außerhalb des Gerichts stattfindet[5]), stellt sich das Verfahren de re praestita, wenn der Schuldner sich zu einer fides facta entsprechend der Angabe des Gesetzes versteht, als rein außergerichtlich dar. Verweigert der Schuldner sowohl Rückgabe als Ableistung der fides facta, so kommt es nunmehr zum gerichtlichen Termin.

§ 7.

Dieser gerichtliche Termin[6]), inmitten eines exekutorischen Verfahrens stehend, muß nebst der zu ihm ergehenden Ladung von besonderer Art gewesen sein. Dies hat schon Waitz[7]) bemerkt. Er unterscheidet die mannitio „bei Fällen, wo es keines Urteils der Rachinburgen bedurfte, sondern wo es nur auf eine bestimmte Leistung, Handlung oder auf ein exekutorisches Verfahren ankam" von der „Zitation zum Empfang eines rechtskräftigen Urteils". Nachdem Siegel und mit ihm die herrschende Lehre diesen Gegensatz außeracht gelassen[8]) und in den testationes nichts als die „condicio iuris"[9]) für eine

---

[1]) v. Meibom S. 75.

[2]) In diese wird das deliktische Moment erst durch Erfüllungsverzug hineingetragen. So die durchgehende Auffassung vgl. insbes. Brinz in G. G. A. 1885 S. 525f.

[3]) Pr. S. 83. vgl. auch Wilda S. 183 Anm. 27.

[4]) Eine weitere Erklärung bietet die Annahme, daß von vornherein die Hälfte der gesamten Schuld (den dritten Pfennig) mehr gepfändet werde. Dies gestatten allgemein die niederländisch-mittelalterlichen Rechte. Vgl. Egger S. 470.

[5]) Bethmann-Hollweg IV, S. 423, mit Anm. 15.

[6]) Der herrschenden Meinung folgend, entnehme ich den hier stattfindenden Termin, was seinen äußeren Verlauf anbetrifft, dem Titel 50 Cap. 1.

[7]) S. 164. Ebenso Maurer, in Krit. Uebersch. Bd. VI S. 270.

[8]) S. 58. Ebenso Brunner, Rechtsgesch. II S. 221.

[9]) Siegel, S. 70 Anm. 1., ebenso Cosack in Zeitschr. f. Ziv Pr. Bd. XIX S. 184.

mannitio erblickt hat, ist es Sohm[1]), der den Unterschied wieder klar hervorkehrt. Er gibt der gerichtlichen Verhandlung einen Zweck, der „lediglich der Exekution, nicht der Verteidigung zu gute kömmt“ [2]). Es soll also gar keine Verhandlung über die materielle Grundlage der Klage stattfinden, sondern der Beklagte soll nur von dem auf Exekution zielenden Vorgehen des Klägers Kenntnis nehmen[3]). Nun geht Sohm weiter. Er nimmt an, daß der Gerichtstermin außerdem die Aufgabe hat, dem Beklagten zur Geltendmachung seines Anfechtungs- und Widerspruchsrechtes zu verhelfen; daß Sohm hierin fehlgeht, ist an anderer Stelle darzulegen[4]).

Aus dem Text des Titels selbst ist das Wesen des gerichtlichen Termins und sein Inhalt zu entnehmen. Es ist der dem Thunginus vorgeschriebene Akt, aus dem die Malbergische Glosse dem ganzen Verfahren seine charakteristische Bezeichnung aufgeprägt hat: Das nectanto (nexti cantichio) des Thunginus. Dies ist der Kernpunkt des Verfahrens, darum sich, wie schon im Titel 50 Cap. 1, „alle Parteihandlungen gruppieren“ [5]). Seine Bedeutung wird also zu erforschen sein.

Bei den älteren Schriftstellern fehlt jede annehmbare Deutung des Ausdrucks. Schilter teilt in dem von ihm herausgegebenen Glossarium teutonicum[6]) mit, daß Wendelinus das Wort für einen Eigennamen, sowie man ihn gewöhnlich hinzusetze („nomen proprium epidicticum“) im salischen Recht entsprechend dem „Titius“ oder „Sempronius“ im römischen Recht gehalten habe. Ihm selbst (Schilter) scheine die Deutung wenig wahrscheinlich, da man sonst dem Ausdruck öfter begegnen würde. Erst der neueren deutschen Sprachforschung ist es gelungen, diese Geheimnisse zu durch-

---

[1]) Nach ihm Bethmann-Hollweg, S. 497 f. insbesondere Anm. 2. Eichhorn, S. 442, Heusler, Beschränkung S. 13.

[2]) Pr. S. 27. Das gleiche Prinzip im altnorwegischen Recht. vgl. v. Amira Vollstrverf. S. 253.

[3]) Prozeß S. 40.

[4]) S. unten § 3.

[5]) Behrend, Proz. S. 74.

[6]) **Thesaurus tom. III S. 629.**

bringen. Gleichwohl gehen auch hier die Anschauungen noch vielfach auseinander. Drei Arten der Deutung wird man unterscheiden können.

(Ueber die anfangs von Brunner[1]) vertretene Meinung, daß in diesem Formalismus nur ein „Bestärkungsluxus" zu erblicken sei, ist jener selbst bald hinausgekommen.)

Zunächst wird in dem nexti cantichio jener Arrest oder Bann[2]) über das Vermögen des Schuldners gesehen, den die Quelle weiterhin mit den Worten „testare debet, ut nulli alteri nec solvat nec pignus donet solutionis nisi ante ille impleat quod ei fidem fecit" bezeichnet. Durch diesen Akt wird die Exekution eingeleitet. Die Forderung des Gläubigers ist privilegiert[3]), während andererseits dem Schuldner die Disposition über sein Vermögen entzogen wird[4]). Zoepfl[5]) übersetzt dementsprechend „res in bannum mittere". — Es ist unwahrscheinlich, daß das Gesetz, welches die Formalitäten meist nur in Kürze durch ein Merkwort anzudeuten pflegt, hier für ein und denselben Akt zwei gesonderte Ausdrücke gewählt haben sollte. Ueberdies wird schon durch das temporale „tunc ei testare debet . . ." die Abgrenzung des Bannes gegen das vorhergehende nexti cantichio deutlich.

Einleuchtender ist vielmehr, anzunehmen, daß sowohl der Bann, als auch das nexti cantichio des Thunginus eine gesonderte rechtliche Bedeutung haben. Letzteres stellt sich m. E. als eine erneute, nunmehr richterliche Aufforderung zur Leistung, als ein Leistungsbefehl dar[6]). So die Auffassung Behrends[7])

---

1) in Zeitschr. für das ges. Handelsrecht Bd. XII S. 553.

2) Geffcken, S. 195, Sohm, Pr. S. 28.

3) Geffcken, a. a. O.

4) Stobbe, Vertragsr. S. 179.

5) RG. Bd. III S. 339 Anm. 127.

6) Nur das nexti cantichio, nicht die testationes können den Leistungsbefehl enthalten, da die letzteren nur den Zweck haben, das deliktische Moment in die Klage zu bringen, auf Grund dessen der Leistungsbefehl erst ergehen kann. Vgl. Brunner RG. II S. 521, Egger S. 414.

7) Pr. S. 74.

und v. Meiboms[1]), der freilich gleichzeitig ein Veräußerungsverbot darin erblickt[2]). Die sprachwissenschaftliche Begründung dieser Ansicht findet man bei Kern[3]) und van Helten[4]), welcher übersetzt: „ich fordere (zur Zahlung) auf als seiner Verbindlichkeit nicht nachkommend". Daß gleichwohl zwischen dem nexti cantichio und dem nachfolgenden „Bann" ein rechtlicher Zusammenhang besteht, erkennt Heusler[5]), der den ganzen Akt einen „Zahlungsbefehl des Richters mit Arrestanlage" nennt.

Die dritte Deutung des nexti cantichio trifft nicht sowohl seine äußere Stellung zum Fortgange des Prozesses, sondern gibt ihm vielmehr eine innere, materiellrechtliche Bedeutung für die Haftung des Schuldners. Auf der sprachlichen Seite wird diese Auffassung insbesondere durch die Auslegung Jacob Grimms[6]) belegt. Er übersetzt „fibula torque stringo"[7]), wofür man, „unsinnlich" ausgedrückt, setzen kann „arctius adstringo". Müllenhoff[8]) entscheidet sich für dieselbe Bedeutung. Er deutet das nexti cantichio als Verpflichtung „mit Haft und Hand" oder „mit Band und Hand"[9]). Mit diesen

[1]) S. 42.

[2]) S. 73.

[3]) bei Hessels Col. 539 (I most urgently compel) und Glossen S. 15.

[4]) in Beitr. zur Gesch. d. d. Spr. S. 464. A. M. Planitz S. 26 Anm. 16: Sein Einwand, daß die „Stellung des n. c. in Salica Tit. 75 (hier 74)" diese Deutung nicht zulasse, dürfte unverständlich sein und bleibt auch ohne Beweis. Eine Zahlungsaufforderung kann doch unmöglich spätere Pfändung überflüssig machen.

[5]) Inst. II S. 235.

[6]) Auf die Einwendungen Hermanns (S. 194) und Clements (S. 220), die z. T. in persönlichem Tone gehalten sind, kann ich nicht eingehen

[7]) In der Vorrede bei Merkel S. LV.

[8]) bei Waitz, S. 290. Ebenso Bethmann-Hollweg S. 475. Anm. 11. Sohm, Pr. S. 28 Anm. 20. Brunner RG II S. 474. Anm. 18: „ut vinculo adstringas gasacionem meum".

[9]) Vgl. hierzu Lex Salica em. tit 52 (bei Pardessus V. Text S. 312):

> „rogo te judex, ut . . . secundum legem salicam mihi inde eum adstringas".

Ausdrücken ist die Haftbarmachung des Schuldners deutlich bezeichnet.

Ich möchte mich vorerst gegen die Auffassung wenden, die Begründung der Haftung und nichts weiter in dem nexti cantichio erblickt; denn dieses wäre hiernach für das Verfahren de fide facta ohne jegliche Bedeutung, da ja hier haftungbegründend schon die dem ganzen Verfahren vorausgehende fides facta ist. Hier tritt das nexti cantichio hauptsächlich als richterlicher Leistungsbefehl auf und dient außerdem (für das materielle Recht belanglos) zur gerichtlichen Feststellung der schuldnerischen Haftung, damit von dieser prozessual wichtigen Grundlage aus weitere Schritte, schließlich die Exekution unternommen werden können.

Anders bei der Klage de re praestita, der gerade die Haftung des Schuldners von vornherein fehlt[1]). Man kann hier die Stufen des Entstehens von Schuld und Haftung an der Hand der von Siegel begründeten, von Puntschart[2]) entwickelten Theorie genau verfolgen. Nach Hingabe der res praestita besteht eine „Schuld" noch nicht. Die Verpflichtung des Schuldners richtet sich allein darauf, den überlassenen Gegenstand ohne Benachteiligung des Gläubigers zu gebrauchen. Durch die (formlose) Mahnung des Gläubigers, der den Gegenstand wiederhaben will, gerät der zögernde Schuldner in Verzug. Es entsteht die Schuld der Rückgabe. In ihrem Wesen liegt es, daß sie zugleich mit ihrer Entstehung auch fällig ist. Sie ist zunächst nur ein Leisten-Sollen ohne Zwangsmittel

---

[1]) A. M. neuerdings Gierke, Schuld und Haftung S. 81 f. 130: Hiernach haftet der Empfänger einer anvertrauten Sache schon von deren formloser Uebergabe an („Empfangshaftung"). Der Empfänger hat die Rückgabe der res praestita (formlos?) versprochen. Aus diesem Versprechen ergibt sich seine Schuld. Für sie haftet er, weil er für sie ein Äquivalent — eben die res praestita — empfangen hat. Durch deren Hereinnahme in sein Vermögen wird die Versprechensschuld zur Vermögenslast. Daher Vermögenshaftung (Empfangshaftung). — Bedenklich erscheint mir hierbei, daß die Haftung, deren Begründung doch überall einen großen Aufwand von Formalitäten erfordert, hier durch bloße Hingabe der r. pr. entstehen sollte.

[2]) S. 74 ff., 99 ff., 107 ff.

zur Verwirklichung der Leistung. Damit aber der gerichtlich verfolgbare Anspruch entstehe, bedarf es für den Gläubiger einer Sicherung der Schulderfüllung [1]). Dies aber ist die Haftung, welche das Korrelat jenes Anspruchs ist (Herb. Meyer).

Ich weiche hierin von Brinz [2]) ab, welcher annimmt, daß die Haftung von vornherein über dem ganzen Vertragsverhältnis als ein Zustand ruhe, daß jedoch die Schuld erst entstehe, wenn durch irgend einen Umstand (Vertragsbruch, Unrecht der Vorenthaltung) Exigibilität, d. h. Realisierbarkeit der Haftung hinzuträte.

Ich nehme vielmehr an, daß die Haftung auftritt zum Zwecke des Einstehens für den Fall, daß die Schuld nicht erfüllt wird [3]). Dies ist eine besondere Wirkung der Haftung, die das Leisten-Sollen der Schuld zu einem Einstehen-Müssen steigert. Die Haftung bedarf allerdings auch einer besonderen Begründung, da sie nicht durch den Vertrag, als dessen Abschluß wir die bloße Hingabe der res praestita ansehen [4]), als solchen erzeugt ist. Die Haftung wird nur dann auf dem Wege des Vertrages begründet, wenn es zur Ableistung einer fides facta kommt. Ist dies nicht der Fall, so muß sie ex lege durch das nexti cantichio des Thunginus entstehen als „Haftung von Rechtswegen für Schulden, die sich durch rechtswidriges Verhalten des Schuldners zu Missetaten gesteigert hatten" [5]). Damit hängt es zusammen, daß der Gerichtstermin zugleich der Ort für die formelle Feststellung der schuldnerischen Jaktivität ist, auf Grund deren die Bußenfestsetzung vor sich geht. Gerade diese formell festgestellte Auflehnung gegen die Rechtsordnung ist es, die zur Haftbarmachung des Schuldners durch den Richter ohne vertragliche Einständerschaft (Treugelöbnis) führt.

---

[1]) Puntschart S. 209 f. Egger S. 39.

[2]) in GG. A. 1885 S. 520 f.

[3]) v. Amira Obligr. I. S. 40. Für das deutsche Recht Puntschart S. 114 ff.

[4]) siehe oben § 1.

[5]) Brunner in Holtzendorffs Enzykl. I S. 250.

Welcher Art die hier begründete Haftung ist, zeigt sich erst dann, wenn sie praktisch wird, nämlich bei der Exekution[1])[2]).

Mit dem gerichtlichen Termin zugleich soll die Verwirkung der 15 solidi eintreten. Es ist fraglich, für welche Missetat des Schuldners diese Buße gilt. Die Ansicht Waitz'[3]), daß sie wie die drei mal 3 solidi „sodann" auch noch für die versäumten drei testationes gebüßt werden sollen, ist sehr unwahrscheinlich, da dasselbe prozessuale Vergehen unmöglich zweimal auf verschiedene Weise bestraft werden kann. Daß Sohms Beziehung der 15 solidi auf eine erste von ihm angenommene testatio nicht bestehen kann, ist oben[4]) schon dargelegt worden. Siegel[5]), der die 15 solidi als Ungehorsamsbuße für eine vergebliche mannitio ansieht, nimmt ohne jede Veranlassung an, daß der Beklagte beim gerichtlichen Termin nicht erscheint. Es kann also eine prozessuale Verfehlung nicht sein, für welche die 15 solidi erlegt werden müssen. Die Forschungen Lönings[6]) über den Vertragsbruch haben dazu geführt, die 15 solidi als eine dem deutschen Rechte eigentümliche Strafe für die bloße Vertragsverletzung anzusehen. Löning[7]) läßt sie zwar auch unter Vorangehen Sohms mit der hinzugedachten ersten testatio fällig werden. Wir haben gesehen, daß diese zu entbehren ist. Die 15 solidi verfallen an dem Tage, der

---

1) siehe unten § 8.

2) Es ist nachzuholen, daß die Literatur inzwischen um eine Deutung reicher geworden ist. Planitz S. 27: „Das Nexti Chantigio verfügt eine relative Friedlosigkeit des Guts nach Volksrecht". „Das Verfahren . . ist eine Abspaltung der Friedlosigkeit". — Es muß späterer Besprechung vorbehalten bleiben, inwiefern man die Folgen des n. c. mit denen der Friedlosigkeit in Verbindung bringen kann. Damit ist jedoch über das Wesen des konkreten Vorgangs vor Gericht nichts gesagt. Gerade wenn wir in dem Ausspruche des Thunginus den haftungbegründenden Leistungsbefehl sehen, können die Verfechter der besonderen strafrechtlichen Haftung (vgl. unten § 8) ihm die Folge der „relativen Friedlosigkeit" zuschreiben.

3) S. 162.

4) s. oben § 5 a. E.

5) S. 72.

6) Ebenso K. Maurer in Krit. Vierteljahrschr. Bd. XVIII S. 66 f.

7) S. 54.

ursprünglich für die Rückgabe der geliehenen Sache im Leihvertrage festgesetzt war. Daneben kann man, wie schon gesagt[1], auch dafür eine private (formlose) Aufforderung des Verleihers zur Rückgabe annehmen. Die Erwähnung der Buße geschieht am Schlusse des Titels, weil bei Gelegenheit des gerichtlichen Termins ihre Festsetzung stattfindet[2]). Hier muß wiederum bemerkt werden, daß diese Bußenfestsetzung ohne ein auf kontradiktorisches Verfahren folgendes Urteil eintritt[3]), insbesondere der Einwand, daß das „culpabilis iudicetur“ auf ein solches hinweisen solle[4]), von jeher nicht für stichhaltig angesehen worden ist[5]).

§ 8.

Die Frage, wie nun nach allen diesen Vorbereitungen der Gläubiger zu seiner Befriedigung gekommen ist, scheint am schwersten lösbar zu sein, da das Gesetz jeder Andeutung hierüber entbehrt.

Wenn eine fides facta geleistet ist, läßt sich, wie oben dargelegt, ein Anschluß im Vollstreckungsverfahren der Lex Salica unschwer finden. Ist jedoch die fides facta verweigert, da versagt Tit. 50 Cap. 2. Einen persönlichen Zwang gegen den Schuldner auf Ableistung der fides facta kennt die Lex Salica nicht[6]). Das Achtverfahren nach Tit. 56, welches von manchen[7]) angenommen wird, kann deshalb nicht stattfinden, weil die fides facta im Tit. 52 keine zwingende Vorschrift des Gesetzes ist, sondern nur fakultativ in Aussicht genommen wird, falls der Schuldner bereit ist, aus seiner ablehnenden Stellung herauszutreten[8]). Es ist zu untersuchen, welche

---

[1]) s. oben a. a. O.

[2]) Analog Behrend, Pr. S. 74 Anm. 2.

[3]) Dies entspricht ihrer Natur, einer Rückwirkung der durch Unrecht (welches formal nachgewiesen wird) gekränkten Rechtsordnung.

[4]) Geffcken, S. 202 ff.

[5]) Sohm, Pr. S. 27 Anm. 16. Siegel, S. 55 Anm. 17. Maurer GV. 48 S. 54 f.

[6]) Löning, S. 50 Anm. 19.

[7]) vgl. Geffcken, S. 203, Meibom, S. 40.

[8]) Löning, S. 51 Anm. 20.

Möglichkeit sich bietet, als Abschluß der Klage de re praestita für den Fall, daß der Schuldner sich ständig widerstrebend zeigt, eine Vollstreckung im Gesetze aufzuweisen. Nach Siegels Ansicht[1]) ist die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung bezw. Pfändung nur gegeben, wenn dem Anspruch auf Befriedigung eine fides facta zugrunde liegt, die gleich der „unleugbaren Schuld" eine unmittelbare Haftung des Schuldners begründet[2]). Es ist jedoch kaum glaublich, daß der Schuldner einer res praestita durch Ablehnung der Gelöbnisleistung der Rechtsverfolgung sich entziehen könnte. Wenn nun auch die Pfändung aus Tit. 50 Cap. 2 eine fides facta voraussetzt, so kann man doch wohl annehmen, daß auch ohne deren Vorhergehen der Prozeß der Lex Salica eine Pfändung gekannt hat. Für diese Annahme bietet einen Anhalt Tit. 74, dessen Text lautet:

> „de pignoracione. si quis debitorem suum per ignorantiam sine iudice pignorare praesumserit antequam eum nesti cantechigio [hoc est accusante] et debitum perdat et insuper similiter si male pignoraverit cum lege componat, hoc est capitale reddat et 15 solidos culpabilis iudicetur".

Wieder ist es der Ausdruck: „nesti canthechigio" = nexti cantichio, der den Weg gewiesen hat. Handelte der Titel von der gräflichen Pfändung im allgemeinen, so wäre nichts gewonnen, denn er enthielte nichts weiter als eine Strafandrohung für den Fall, daß mit der Pfändung aus Tit. 50 Cap. 2 Mißbrauch getrieben oder gar im Gegensatz zu den Bestimmungen des Tit. 50 Cap. 2 eine Privatpfändung vorgenommen wird. So versteht v. Meibom[3]) die Stelle. Nach seiner Ansicht wird bestraft, wer „seinen Schuldner sine iudice pfändet, insbesondere auch, wer nach vorausgegangener gerichtlicher Verhandlung pfändet, ohne gegen den Schuldner in Gemäßheit der Lex Salica Tit. 50 Cap. 1 beim Gericht des Thunginus

---

[1]) S. 35 f. und S. 245.

[2]) Vgl. Rintelen, S. 154. Puntschart, S. 285. Egger, S. 397.

[3]) S. 195.

das vorgeschriebene Verfahren eingeleitet zu haben". Würde Tit. 74 zu Tit. 50 Cap. 2 gehören, so müßte das hier erwähnte nexti cantichio als Vorbedingung der Pfändung mit dem legitime iactivus aut admallatus in hoc quod Lex Salica continet, welches dort gefordert wird, gleichbedeutend sein. Titel 51 Cap. 1 besagt jedoch, daß der, welcher den Grafen zur Pfändung veranlaßt, ohne den Gegner legitime iactivum aut admallatum zu haben, mit 200 solidi gestraft werden soll. Diese Bestimmung widerspricht der Buße von 15 solidi in Tit. 74, so daß eine Zusammengehörigkeit der Titel keinesfalls angenommen werden kann[1]). Tit. 74 kann also auf die gerichtliche Pfändung sich nicht beziehen.

So liegt denn die Annahme nahe, daß er der Privatpfändung zugehöre und so geradezu einen Beweis für das Vorhandensein der Privatpfändung im salischen Recht sei, welche, losgelöst von den Bestimmungen des Tit. 50 Cap. 2, bei nichtgeleisteter fides facta stattfinden kann. Behrend[2]) hat den Tit. 74 einer eingehenden Untersuchung unterzogen, um das Gegenteil dieser von Sohm[3]), Bethmann-Hollweg[4]), Löning[5]), Heusler[6] und Siegel[7]) (der gleichwohl vorangehenden fides facta fordert) vertretene Ansicht zu beweisen. Er läßt zunächst „per ignorantiam" ganz weg und faßt zusammen:

1.) si quis debitorem suum sine iudice pignorare praesumserit antequam eum n. cant., debitum perdat et insuper conponat, id est . . .

2.) similiter si male sine iudice pignorare praesumserit . . . cum lege componat . . . .

---

[1]) Sohm, Pr. S. 32. Siehe dagegen Horten S. 40.

[2]) Pr. S. 69.

[3]) Pr. S. 33.

[4]) IV, S. 476.

[5]) S. 40 Anm. 8.

[6]) Inst. II S. 236.

[7]) Siegel, S. 249. Ebenso weiterhin Brunner, RG. II S. 447ff. Schröder RG. S. 381 ff.

Zu 1): Sicherlich sei die Pfändung vor dem nexti cantichio verboten; daß sie nachher stattfinden dürfe, könne daraus nicht geschlossen werden. In sehr umständlicher Weise faßt Behrend die Stelle dann so: das Pfänden ohne Richter sei nicht statthaft. Unter Zuziehung des Richters aber nur dann, wenn das nexti cantichio vorangegangen wäre.

Zu 2): Das male pignorare versteht er als alium pro alio pignorare. Per ignorantiam ist entweder gleich ignorante iudice oder es ist an eine falsche Stelle geraten, während es eigentlich zu male pignorare gehöre. Dies bedeutet dann, daß der Schuldner aus Versehen ein falsches Stück gepfändet hat.

Man sieht, wie künstlich der Text gewendet und bearbeitet werden muß, um den von Behrend erwünschten Sinn zu ergeben. Dazu kommt, daß auch nach dieser Prozedur das Ergebnis recht unbefriedigend ist.

Der erste Teil, welcher von Löning[1]) anscheinend mißverstanden worden ist, gäbe in Behrends Auffassung einen Sinn, wenn man den Verfassern der Lex Salica eine so unbeholfene Ausdrucksweise zutrauen wollte. In dem sine iudice müßte dann etwa ein „sin autem cum iudice pignoret“, das man später einzustellen hätte, schon enthalten sein, was wohl kaum anzunehmen ist.

Gegen die Deutung von male pignorare = alium pro alio pignorare aus Ed. Roth. cap. 248[2]) läßt sich nichts einwenden. Löning tut auch an dieser Stelle Behrend Unrecht, indem er sagt[3]), man gelange „hierdurch zu dem sonderbaren Resultat, daß wer sine iudice und male pfändet, milder bestraft wird (Rückgabe des Gepfändeten und 15 solidi), als wenn er eine an sich ihm zustehende Forderung nur eigenmächtig, sine iudice, zur Geltung bringt (außer jener Strafe noch Verlust der Forderung)“. Entweder übersieht Löning

---

[1]) a. a. O. „Ist das sine iudice pignorare unter allen Umständen unzulässig, so erscheint es völlig gleichgültig, ob dessen rechtswidriger Vornahme jene Formalität des nexti cantichio vorangegangen ist oder nicht“. Das hat Behrend wirklich nicht gemeint.

[2]) Mon. LL. IV. S. 61

[3]) a. a. O.

hierbei, daß zum zweiten Fall nach Behrend noch „antequam eum nexti cantichio“ gehört, oder er schiebt mittels des beiläufigen „eigenmächtig“ diese Tatsache beiseite. Gerade bei der strengen Förmlichkeit des germanischen Prozesses ist es zu verstehen, daß der Richter eine irrtümliche Verwechslung der Pfandsache (so versteht Behrend male pignorare) eher durchgehen läßt als eine Pfändung ohne vorher gehendes nexti cantichio.

Obwohl also Behrend gegen Löning im Einzelnen in Schutz zu nehmen ist, hält doch seine Konstruktion im ganzen nicht stand, da die Umstellung von per ignorantiam wohl überhaupt unbegründet bleibt. Insbesondere ist sein Hauptargument gegen Sohm, indem er diesen mit der eigenen Lehre schlagen will, hinfällig. In einer merkwürdigen Verquickung der Gedanken glaubt er aus Sohms Worten zu erkennen, daß dieser sine iudice als „sine iudicis iussione“, ohne richterliche Erlaubnis, d. h. natürlich ohne nexti cantichio, verstehe[1]). Letzteres wird von dem Thunginus verhängt. Judex in unserem Titel ist nach Sohm[2]) aber der Graf. Folglich falle Sohms Ansicht. Das scheint falsch verstanden. An der Stelle, wo sich die Worte sine iussione iudicis finden[3]), sagt ja gerade Sohm, daß sie in der lex Bajuw. cap. 2 und 3[4]) dieselbe Stellung einnehmen, wie das nexti cantichio in Tit. 50 Cap. 1 (wofür in unserem Falle Tit 52 zu setzen) und Tit. 74. Mit dem sine iudice des Tit. 74 hat das sine iussione iudicis nichts zu tun. Sohm hat es auch keinesfalls damit verwechselt. Eine Widerlegung seiner Ansicht durch Behrend scheint mißglückt. Positives ergibt sich. wie gezeigt, aus des letzteren Darstellung nicht, so daß nunmehr zu untersuchen ist, was für die Annahme der Privatpfändung als Fortsetzung des Titels 52 spricht.

---

[1]) Ebenso Bethmann-Hollweg IV, S. 476, der gleichwohl Sohms Lehre folgt, ohne den Widerspruch, der aus dem Mißverständnis entstehen muß, zu beachten.

[2]) R.- u. GV. S. 155 (bei Behrend ungenau zitiert).

[3]) Sohm, Pr. S. 49.

[4]) Mon. LL. III S. 314 ff.

Eine Parallelstelle zu unserem Titel 74 ist in den sogen. „älteren“ Gulathingslög[1]) Abtl. 35 zu finden. Es wird darin das Vollstreckungsverfahren aus liquider Schuldforderung (krâfa) dargestellt. Aus ihr sowie anderen ähnlichen Stellen ist zu ersehen, daß der königliche Beamte tätig als solcher an der Vollstreckung nicht teilnimmt, sondern, wenn er anwesend ist, nur „das fiskalische Interesse seines Herren“ vertritt[2]). Die historische Möglichkeit — wenn man aus dem nordgermanischen Recht auf das fränkische einen Schluß ziehen darf — für die Privatpfändung im fränkischen Recht ist also gegeben. Der Titel 74 gibt denn auch, wenn man keine Verschiebung der Wörter vornimmt, ganz natürlich folgenden Sinn:

> „Wenn jemand seinen Schuldner aus Unkenntnis bei dem Verfahren ohne Zuziehung des Richters — zu pfänden wagt, bevor er das nexti cantichio gegen ihn erlangt hat, verliert er das, was ihm geschuldet war, und soll überdies ebenso, wenn er materiell im Unrecht war[3]), mit der lex (Prozeßbuße)[4]) büßen, d. h. den gepfändeten Gegenstand zurückgeben und 15 solidi zu bezahlen haben“.

Schon Waitz[5]) kam dieser Auffassung ziemlich nahe. Nur zog er hieraus nicht den zwingenden Schluß, daß nach der Erlangung des nexti cantichio die Pfändung ohne den Grafen gestattet sei[6]). Hat man in dieser Weise logisch gefolgert, so erhält man den Sinn, den Tit. 74 hat[7]). Hierfür noch einen von Heusler mitgeteilten Beleg aus der salischen Keure des Dorfes Saffeläre vom Jahre 1264[8]):

> „Si . . . debitum solvere noluerit vel wadium inde dare contradixerit, baillevus debet pandare“.

---

[1]) in Norges gamle love I, S. 21.
[2]) Amira, Vollstreckungsverf. S. 256.
[3]) Sohm, Pr. S. 31.
[4]) Sohm, R.- u. GV. S. 168.
[5]) S. 182.
[6]) So neuestens Gierke Sch. u. H. S. 42.
[7]) Heusler, Inst. II S. 234.
[8]) Warnkönig III, Nachtr. zum U.B. S. 43.

Als weiterer Beweis für die Zugehörigkeit des Titels 74 zu 52 dient die Buße von 15 solidi. Der Gläubiger verliert sie, wenn er male pignoravit, zu Unrecht gepfändet hat; und zwar handelt es sich hier um ein materielles Unrecht im Gegensatze zu dem formellen Fehler, den der erste Teil des Titels erwähnt. Wer, ohne Gläubiger zu sein, den anderen pfändet, wird mit 15 solidi bestraft, abgesehen davon, daß er die gepfändeten Gegenstände wieder herausgeben muß. Diese Strafe findet sich auch im Titel 52 entsprechend als Strafe des Schuldners. Sie ist zugleich ein neuer Beweis dafür, daß der Schuldner in Tit. 52 wegen einer materiellen Rechtsverletzung, als welche der Vertragsbruch erscheint, die Strafe von 15 solidi zahlen muß, da durch eine gleichartige Strafenverteilung hier wie dort die Wage des Rechts im Gleichgewicht gehalten wird.

Ueber die Ausführung der Privatpfändung ist nichts bekannt.

Einen Hinweis darauf, welche Gegenstände von der Pfändung ergriffen werden, liefert ein zur Lex Salica später hinzugefügtes Stück, das im ursprünglichen Text lautet:

> „de terra condempnata. si quis terram alienam condempnaverit et ei fuerit adprobatum, 2500 denarius qui faciunt solidos $62^1/_2$ culpabilis iudicetur“.

Merkel hat die Stelle in Heroldscher Lesart als Nov. 261 aufgenommen:

> „si quis alteri avicam (= aviaticam) terram suam commendaverit et ei noluerit reddere, si eum admallaverit et convinxerit, 600 dinarios qui faciunt solidos 15 culp. iud. .“

Wenn Tit. 52 unbewegliches Gut mit einbegriffe, wäre dieser Zusatz nicht nötig. Aus seinem Vorhandensein können wir umgekehrt schließen, daß Tit. 52 nur von Mobilien handelt. Auch die Exekution, sei sie gräfliche oder Privatpfändung, erstreckt sich nur auf bewegliches Gut[1]). Der Schuldner gilt als

[1]) Schon die Haftung, als eine Vermögenshaftung hat nur die Fahrnis, nicht aber die Liegenschaften ergriffen, so daß nur an jener ein Pfändungsrecht entstehen konnte. Vgl. Gierke Privatr. II S. 811 Anm. 8.

insolvent, wenn er darlegt, daß er nec super terra nec subtus terra plus de facultate non habeat quam donavit. Die terra selbst, welche vorhanden ist, kann ihn von der Schuld nicht lösen, da sie nach ältestem Recht zu den unpfändbaren Gegenständen gehört[1]). Da die Exekution das Vermögen des Schuldners ergreift, ist die Haftung, auf Grund deren der Schuldner mit seinem Vermögen einstehen muß, eine Vermögenshaftung. Ueber deren Natur herrscht bis in die allerneuste Literatur Streit. Es dürfte daher für den Verfasser schwierig sein, gegenüber den sich völlig widersprechenden Meinungen angesehener Schriftsteller bindend Stellung zu nehmen.

Brinz hat als erster den Begriff der Haftung zum Gegenstande eingehender Erörterung gemacht[2]). Von seiner Ansicht will ich daher ausgehen. Er betrachtet[3]) die Vermögensexekution als eine „Realisierung der Personenhaftung". Die Exekution ergreift die Person, jedoch nicht nur ihr caput, sondern auch das zur Zeit der Exekution vorhandene Vermögen, welches eine Pertinenz der Person bildet. Somit scheint ihm die Haftung mit dem Vermögen zugehörig zur Personenhaftung.

Ebenso die Meinung Puntscharts[4]). Ausgehend davon, daß die Personenhaftung die rechtliche Bestimmung der Person sei, für eine Schuld Gewährschaft zu leisten, hierdurch Sicherheit zu gewähren für den Fall der Nichterfüllung einer Schuld, kommt er dazu, die Haftung der Person über ihren Körper hinaus auf ihre wirtschaftliche Kraft auszudehnen. Die Vermögenshaftung ist gar keine von der Haftung mit der körperlichen Person wesentlich verschiedene. Das Vermögen wird vielmehr als Teil der wirtschaftlichen Kraft der Person von der Personenhaftung mit ergriffen. Dies geschieht nicht erst, wie Puntschart meint, im Befriedigungsverfahren, sondern schon

---

[1]) v. Meibom S. 55f. Sohm Pr. S. 173 Anm. 20. Bethmann-Hollweg IV S. 518 Anm. 93. Egger S. 100.

[2]) Puntschart S. 112.

[3]) in G.GA. 1885 S. 529f.

[4]) S. 197f.

sofort mit der Begründung der Haftung. Der Einwand, den Puntschart sich selbst macht[1]), daß der Schuldner im Sicherungsstadium über sein Vermögen noch immer ganz frei verfüge, fällt für unsern Fall vermöge des von Thunginus erlassenen Arrests weg.

Einen Ausgleich zwischen persönlicher und Sachhaftung sucht v. Schwind[2]), der die Vermögenshaftung als den neutralen Boden ansieht, auf dem die Annäherung (?) jener beiden Gegensätze geschah.

Gegen die Theorien Puntscharts und seiner Anhänger sind insbesondere von seiten Eggers[3]) Einwendungen erhoben worden. Dieser unterscheidet zunächst drei getrennte Kategorien der Haftung: die Personen-, Vermögens- und Sachhaftung, die er unter den Oberbegriff der zivilrechtlichen Haftung stellt. Keine diesen drei, meint Egger, trifft für den behandelten Fall zu. Die Klage de re praestita, d. h. deren Vollstreckung beruht auf der strafrechtlichen Haftung[4]). Diese ist von der zivilrechtlichen grundverschieden. — Es soll versucht werden, dieser Auffassung entgegenzutreten. Ich stimme mit Egger darin überein, daß sich die zivilrechtliche Schuld (entstanden mit der ersten formlosen Mahnung) durch den Ungehorsam des Schuldners zu einer strafrechtlichen Schuld steigert. Das muß geschehen, damit ein klagbarer Anspruch entsteht. Diese „strafrechtliche Sanktion" für die Nichterfüllung der Schuld aber bedeutet nach Egger nicht Steigerung der persönlichen Haftung im zivilrechtlichen Sinne. Sie soll vielmehr jene neue strafrechtliche Haftung begründen, deren Wesen aus den Ausführungen Eggers kaum ersichtlich sein dürfte. Den Grund, daß jede zivilrechtliche Haftung ausgeschlossen sei, erblickt Egger in dem Betreibungsverfahren, das ein reines Strafverfahren sei. „Um so überraschender" mußte jetzt Egger das Resultat der Sohm'schen Forschungen erscheinen[5]), welche

---

[1]) S. 199.

[2]) S. 1.

[3]) Ihm folgen Gierke Pr. II S. 810f. und Rintelen Exkurs S. 153ff.

[4]) S. 412ff.

[5]) a. a. O. S. 409 Anm. 2.

die Verschiedenheit der Betreibung vom echten Strafverfahren aufgedeckt haben.

Vielleicht ließe sich daher umgekehrt folgern. Gerade jene Verschiedenheit weist darauf hin, daß das Empfinden für den ursprünglichen zivilrechtlichen Grund der Klage durchaus vorhanden gewesen ist[1]), wenn gleich das Mittel der Rechtsverfolgung aus prozessualen Gründen[2]) einen deliktischen Charakter angenommen hat. Es erscheint mir deshalb die Annahme einer zivilrechtlichen Haftung durchaus wahrscheinlich.

Der Ansicht Eggers folgt neuerdings Planitz[3]), wenigstens hinsichtlich der germanischen Urzeit[4]). Die Haftung ist nach Planitz deshalb eine strafrechtliche, weil diese allein zur Vollstreckung (durch Friedloslegung) führen könne. Sie ist daher bedingt durch die Annahme, daß in der Tat Friedlosigkeit, sei es auch relative, d. h. auf die Sippe beschränkte, der historische Ursprung und das Ziel des ganzen Vollstreckungsverfahrens sei. Dies mag an sich bei der gerichtlichen Pfandnahme, wie sie oben in § 6 geschildert ist, zutreffen, obwohl das die Haftung nach der fides facta keinesweg berühren kann; denn diese ist ja als rechtsgeschäftliche durch Ableistung der fides facta begründet und kann ihren von Anfang an zivilrechtlichen Charakter nicht später in einen strafrechtlichen verwandeln. Bei der Klage de re praestita, deren Haftung erst von Amtswegen durch den Thunginus begründet wird, könnte es schon eher zweifelhaft sein, wenn ihr eine gerichtliche Pfändung als Vollstreckung folgte. Die Privatpfändung jedoch, welche nach der hier vertretenen Meinung das Verfahren de re praestita beschließt, kann unmöglich ihren Ursprung in der Friedloslegung haben. Der deliktische Charakter der Klage hat überdies mit dem Wesen des eigentlichen kriminelleu Verbrechens so wenig zu tun und das Verfahren schöpft aus den damals schon auftauchenden Gedanken zivilrechtlicher Beurteilung

---

[1]) vgl. unten § 13 a. E.

[2]) vgl. unten § 13.

[3]) S. 13f. insbesonderr Anm. 38.

[4]) In dem Kapitel über die Lex Salica wird die Frage der Haftung meines Wissens nicht behandelt.

doch schon so viel[1]), daß eine strafrechtliche Haftung etwa wie die eines Totschlägers sicherlich hier nicht besteht. In der Tat nimmt neuestens Gierke[2]) abweichend von Planitz S. 13f. als Voraussetzung der Privatpfändung zivilrechtliche Haftung an. Daß es sich dabei um Vermögenshaftung handelt, ist weiter nichts als die Folgerung aus dem Objekte der Vollstreckung, dem Vermögen des Schuldners.

In der systematischen Einreihung der Vermögenshaftung folgt Gierke allerdings der Dreiteilung Eggers. Er sondert die Vermögenshaftung nach ihrem Wesen streng von der Personenhaftung[3]), während andere Vertreter der neuesten Literatur, so v. Amira[4]) und Herb. Meyer[5]) an der von Puntschart gelehrten Ableitung der Vermögenshaftung aus der persönlichen Haftung festhalten. Zur Entscheidung dieses Streits kann hier aus oben erwähnten Gründen nichts beigetragen werden.

§ 9.

Fraglich ist auch, wann der Schuldner Gelegenheit findet, seinen Widerspruch gegen das Vorgehen des Gläubigers geltend zu machen und zu begründen. Seine bloße Weigerung bringt ihn ja, wie wir gesehen haben, nur immer tiefer in die Schuld. Ein Widerspruchsrecht muß vorhanden sein, wenn anders man annehmen will, daß der Beklagte überhaupt keine Möglichkeit

---

[1]) Gierke Sch. u. H. S. 39.

[2]) a. a. O. S. 40 und S. 153 Anm. 31.

[3]) Die Folge hiervon ist, daß z. B. zur Erklärung des Zusammentreffens von Vermögens- und Personenhaftung bei der fides facta, worin andere die einheitliche Personhaftung erblicken, das künstliche und sehr beschwerliche Gebilde der Doppelhaftung aus wadia und Treueinsatz entsteht (a. a. O. S. 163f.)

[4]) Stab S. 153. Er sieht in der Pfändung eine Wirkung persönlicher Haftung, da „jede Auspfändung ein Angriff auf die Person des Auszupfändenden ist". — Dies Argument dürfte zwar für sich allein kaum ausreichend sein. Eine Widerlegung der Meinung Eggers wird jedoch auf der Grundlage spezieller Forschung über die Bedeutung der festuca bei der Wadiation (Treugelöbnis) versucht.

[5]) Publizitätsprinzip S. 39 Anm. 4.

hat, sich gegen einen unrechtmäßigen klägerischen Anspruch zu wehren. Sohm[1]) nimmt an, daß der Gerichtstermin die Stelle ist, an welcher der Beklagte sein Anfechtungs- und Widerspruchsrecht geltend machen kann[2]). Diese Annahme muß jedoch Sohms ganze Theorie, die in dem Gerichtstermin lediglich ein Stadium des exekutivischen Verfahrens erblickt, zerstören. Denn es ist nicht abzusehen, welcher Unterschied noch zwischen diesem und dem kontradiktorischen Verfahren bestehen soll, wenn an dieser Stelle für den Beklagten das Recht des Widerspruchs, in welcher Form auch immer, bestehen soll[3]). Ueberdies sind die Belege (Ed. Hilp. cap. 7 und Lex Rip. Tit. 32 cap. 4), die Sohm für die Art der Durchführung des Widerspruches anführt, durchaus unzureichend[4]), da sie beide einen außergerichtlichen Widerspruch darstellen und, dem Kläger gegenüber vor Gericht ausgesprochen, gar keinen Sinn haben. — Aus diesen Gründen halte ich Sohms Annahme für unzutreffend.

Für einen Platz an einer andern Stelle des Verfahrens läßt sich jedoch ein positives Anzeichen finden: In dem ganzen Verfahren des Titels 52 einschließlich des gerichtlichen Termins ist nicht die Rede davon, daß der klägerische Anspruch unbegründet sein könnte. Erst bei der Vollstreckung (Tit. 74) taucht der Gedanke des materiellen Unrechts in male pignorare auf. Hier muß also auch die Stelle sein, an welcher der Schuldner wenn er sich ungerecht beklagt glaubt, gegen das Vorgehen des Gläubigers sich zur Wehre setzen darf. Wie er das tut, können wir nunmehr vielleicht aus Ed. Hilp. (Lex Salica Tit. 77) cap. 7 und der Lex. Rip. Tit. 32 cap. 4 entnehmen. Im ersteren Falle darf der Beklagte während der Pfändung gegenüber dem Pfändenden (dort dem Grafen, hier dem Gläubiger) erklären, quod male eum destruat et contra legem et iustitiam. Darauf erfolgt eine Sistierung der Vollstreckung und der Schuldner wird innerhalb 42 Nächten vor ein ordentliches Gericht geladen,

---

[1]) Pr. S. 40.
[2]) Vgl. oben § 7.
[3]) Behrend Pr. S. 65. Löning S. 38 Anm. 5. Opet S. 127.
[4]) Behrend, Pr. S. 66.

woselbst auch der Gläubiger zu erscheinen hat. Durch Zeugenbeweis wird die Entscheidung herbeigeführt. Im zweiten Falle stellt sich der Beklagte mit gezücktem Schwerte (spata tracta) an der Tür seines Hauses auf und verwehrt dem Pfändenden den Eintritt ins Haus. Auch hier kommt es zum gerichtlichen Termin; durch Zweikampf wird die Sache entschieden.

In beiden Fällen nimmt das exekutivische Verfahren mit der Erhebung des Widerspruchs seinen Abschluß, und es beginnt das ordentliche Gerichtsverfahren, in dem die Interessen beider Parteien gegeneinander abgewogen werden und die materielle Berechtigung des Klägers einer Prüfung durch die Strenge des Beweises unterliegt.

§ 10.

Nachdem die vorhandenen Lehrmeinungen über die Form der Klage de re praestita einander gegenübergestellt und gegen einander abgewogen worden sind, soll nun in Kürze der Verlauf des Verfahrens, wie er nach der voraufgegangenen Untersuchung sich darstellt, noch einmal wiederholt werden.

Das Verfahren beginnt mit den drei formellen Privatmahnungen des Gläubigers. Jedesmal wenn eine derselben fruchtlos verlaufen ist, wird dem Beklagten eine Frist von 7 Nächten zur Leistung gesetzt und zugleich gegen die Leistungsverweigerung förmlicher Protest erhoben. Für jede vergebliche Mahnung sind überdies 3 solidi Buße zu erlegen. Statt der Leistung ist dem Schuldner auch erlaubt, ein Erfüllungsgelöbnis abzulegen, welches ihm auf 40 Nächte oder eine sonst vereinbarte Frist Ruhe verschaft. Leistet er dann nicht, so nimmt der Graf auf Ersuchen des Gläubigers mit 7 Rachinburgen die Pfändung vor. — Verweigert er bis zum Ablauf der letzten 7 Nächte auch das Gelöbnis, so erfolgt die Ladung zu einem gerichtlichen Termin, in dem jedoch eine ordentliche Verhandlung nicht stattfindet, der nur dem Erlaß eines richterlichen Leistungsbefehls, der Haftungsbegründung und der Festsetzung einer Buße von 15 solidi wegen der Vertragsverletzung dient. Nach Erlangung des Leistungsbefehls ist dem Gläubiger gestattet, zur

Privatpfändung zu schreiten. Diese Maßregel kann der Schuldner durch formellen Widerspruch vereiteln und dadurch die Sache zur Untersuchung der materiellen Grundlagen des klägerischen Anspruchs in ein Gerichtsverfahren mit ordentlicher Beweisführung drängen [1]).

II. Abschnitt.

§ 11.

Aus der äußeren Gestalt der Klage de re praestita soll ihr Inhalt und ihre Stellung im Zivilprozeßrecht entnommen werden. Es soll festgestellt werden, wer als Kläger, wer als Beklagter zu gelten hat, ob das Verfahren sich als außerordentliches oder ordentliches darstellt, ob die Klage dinglich oder persönlich ist und wie insbesondere ihr Verhältnis zu den im regelmäßigen Prozeß geltend gemachten Deliktsklagen sich gestaltet.

Die Behandlung dieses Teils scheint besonders schwierig, da die Lehre vom deutschen Privat- und Prozeßrecht sich dieses Gegenstandes wenig angenommen hat. Zwar ist des Prozeßrechtes der Lex Salica in einigen speziellen Abhandlungen gedacht worden. Es ist auch der Versuch gemacht worden, die Fragmente, die sich in der Lex Salica vorfinden, in das große System des Prozeßrechts späterer Zeit einzureihen und sie den moderneren Begriffen, die sich über die Institute des Prozesses herausgebildet haben, unterzuordnen. Man muß sich jedoch davor hüten, Gedanken und Auffassungen in den Prozeß der

---

[1]) Die völlig abweichende Beurteilung der Klage de re praestita durch Gierke (Schuld und Haftung S. 82 und 164) und Planitz (S. 34 Anm. 38) rührt daher, daß beide zur Ergänzung des Verfahrens den Titel 50 der Lex Salica nicht in der Weise heranziehen, wie es der I. Abschnitt dieser Abhandlung vorschlägt. Diese Auffassung, welche ich natürlich keineswegs beanstanden darf, rechtfertigt allein die Aufnahme und Verfolgung jener anderen geschichtlichen Entwicklungslinie (Ssp. I Art. 15), der ich in der Einleitung entgegengetreten bin.

Lex Salica hineinzutragen, die erst einer späteren Zeit, sei es selbst dem späteren Mittelalter, angehören und von denen der altfränkische Prozeß noch nichts wissen kann. Denn gerade das Privatrecht, aus dem sich der Aufbau des sog. deutschen Klagensystems[1]) ergibt, hat bis zur Zeit des Sachsenspiegels und des Richtsteigs Landrechts eine so völlige Umgestaltung erfahren[2]), daß hier ein Rückschluß oder eine Aufzwängung des Systems ausgeschlossen erscheint. Ist es doch überhaupt fraglich, ob in jener Zeit ein ordentlicher Zivilprozeß sich vorfindet. Fest steht, daß die schriftliche Aufzeichnung des fränkischen Rechts, die Lex Salica, ihn nicht erwähnt. Sie kennt zur Geltendmachung privatrechtlicher Ansprüche nur die Prozeßarten de fide facta und de re praestita. Ob Privatrechtsstreitigkeiten in jener Zeit außerdem nicht vorgekommen sind[3]) oder alle sonstigen Prozesse in unserem Prozeßschema zum Austrag gebracht worden sind (was ich nicht annehme, vgl. unten § 13), kann in keiner Weise festgestellt werden. Es erscheint aber auch ziemlich gewagt, anzunehmen, daß die Lex Salica den ordentlichen Zivilprozeß wegen seiner allgemeiner Verbreitung als bekannt und deshalb nicht erwähnenswert übergehe und nur seine besonderen Arten, das Betreibungsverfahren mit der Vollstreckung und die Vindikation von Mobilien behandle[4]).

§ 12.

Zur Frage, wer als Kläger, wer als Beklagter erscheint, ist zu bemerken, daß im ganzen Verlauf des Verfahrens nicht ein einziges Mal von dem Kläger ein Beweis seines Rechtes an der Sache erfordert wird. Sein Vorbringen besteht allein in der Behauptung, daß er die Sache hingegeben habe und nun nicht zurückerhalte. Daß das Gesetz „de rebus suis" und „res meas" sagt, bedeutet nur, daß sie für die Klage

---

[1]) Heusler, Inst. Bd. I § 79.

[2]) Ueber die Veränderungen schon in alter Zeit v. Halban Bd. III S. 302 ff. insbes. S. 330 ff.

[3]) Heusler, Beschr. S. 12.

[4]) Behrend, Pr. S. 64.

als Normalfall den der Verfolgung durch den Eigentümer unterstellt[1]). Sollte das Gesetz die Klage nur dem Eigentümer geben, so müßte sich dies in dem Verfahren selbst durch eine Untersuchung dieses materiellen Klagegrundes (der eigenlichen Gewere) zeigen. Man darf also annehmen, daß, wenn auch in erster Linie der Eigentümer der res praestita als Kläger erscheint, dem Entleiher, welcher die Sache weiter verleiht, ebenso die Klage de re praestita zugestanden hat[2]).

Daraus, daß eine Erwähnung der dinglichen Seite des Klagegrundes nicht stattfindet, folgt weiterhin, daß ein Zugriff auf einen dritten Erwerber, mag er mala oder bona fide in den Besitz gelangt sein, unter keinen Umständen zuläßig ist[3]). Ursprünglich hat man sich dies dadurch zu erklären gesucht, daß „es einer vorwiegend sinnlich-naiven Anschauungsweise entspräche, ... mit der tatsächlichen Herrschaft an fahrender Habe auch die rechtliche erlöschen zu lassen“[4]). Nun gestattete aber bei unfreiwilliger Aufgabe das Mittel des „Anefangs“ die Vindikation bei jedermann. Hatte der Vertrauensmann widerrechtlich die res praestita veräußert, so wurde diese zu Diebsgut[5]) und hätte somit dem Prinzip nach bei jedem vindiziert werden können. Tatsächlich versagte aber das Gesetz, wie oben gesagt, den Zugriff gegen den Dritten[6]). Da ging man wieder auf das Grundprinzip des Erlöschens zurück und konstruierte einen Gegensatz zwischen „freiwilliger Besitzaufgabe“ und „un-

---

[1]) Heusler, Beschr. S. 17.

[2]) Heusler, a. a. O.

[3]) Heusler, Inst. Bd. II S. 7.

[4]) Goldschmidt, in Ztschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. VIII S. 246.

[5]) Der Vorgang stellt sich so dar: Verfügt der Vertrauensmann widerrechtlich über die res praestita, so macht er sich zugleich oder demnächst der unrechtmäßigen Vorenthaltung (im Altnordischen: rán) gegenüber dem Eigentümer schuldig. Diebliches Behalten jedoch steht dem Diebstahl gleich (so Heusler, Beschr. S. 10). So wird das widerrechtlich veräußerte Gut zu Diebsgut.

[6]) Anders beim Schiffspfandrecht, woselbst bei widerrechtlicher Veräußerung durch den Vertrauensmann (Schiffsführer) das Mittel des „Anefang“ gegen den Dritten erlaubt war. Vgl. Meyer, Neuere Satzung S. 27.

freiwilligem Besitzverluste"[1]), der diese Behandlung herbeiführen sollte. Erst die spätere Wissenschaft hat dargelegt[2]), daß die eigentliche Ursache für die Beschränkung der Eigentumsverfolgung bei freiwilliger Aufgabe des Besitzes in der Gestaltung des Prozesses und nicht in einer Unterscheidung der materiellen Klagegrundlagen, wie sie oben gekennzeichnet ist, zu suchen sei. Nur weil das Betreibungsverfahren durch seinen streng exekutivischen Charakter keinen Raum für die Untersuchung des materiellen Rechtes auf Seiten des Klägers bietet, muß die Klage auf den Rechtsstreit zwischen Hingebendem und Empfänger beschränkt werden, deren Rechtsverhältnis durch die Tatsache der Hingabe offen zutage tritt. Eine vorzügliche Erklärung der ratio dieses Rechtsprinzips im alten Recht findet sich in Concordiae legum Langobard. XXXII § 23 (ursprünglich Capit. Liutpr. 131)[3]):

> „Si quis commendaverit res suas in cuiuscunque casa de conliberto suo, libero homine, et contigerit ut adveniat fur ipsas res furaverit, et ipse, in cuius casa res fuerint, reddiderit aut, si non reddiderit tamen reddere debet; et nos statuimus et definimus ut qui res commendatas susceperit et eas perdiderit, ut restituat res ipsas cuius fuerint; postea si ipse furtum inventus fuerit, ei componat ipse fur de cuius casa ipsas res rapuerit aut furaverit. quia ideo hoc prospeximus, quoniam si illi componat furtum ipsum, cuius res fuerint postea ille cuius casam rupit, querat ei rupturam casae suae, et non possumus in una causa duas imputare calumnias. ideo quia sic nobis visum fuit, ut ille qui res suas commendaverit, recipiat eas ab eo in cuius casa perierunt; et ipse cuius casa ipse furtus exiit querat ab ipso furone conpositione et tollat sicut lex est. et ipse fur licet malefactor sit, non habeat de una causa duas calumnias".

---

1) Goldschmidt, a. a. O. S. 248.

2) zum Folgenden insbes. Heusler, Beschr. S. 13 ff. und Sohm, Proz. Vorr. S. VII.

3) Mon. LL. IV. S. 272.

Von dem Diebe ist nur ein Delikt begangen, welches jedoch in seinen Folgen sowohl den Eigentümer, als auch den Commodatar trifft. Damit aber der Dieb nicht von beiden zugleich wegen eines Deliktes unter Anklage gestellt werde, ist es nur dem letzteren gestattet, gegen den Dieb in der Klage vorzugehen. Ueber die Folgerungen, die hieraus auf die Deutung des Rechtssprichwortes „hand muß hand wahren" gezogen werden, kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden [1]).

Entsprechend dieser Beschränkung wird aber auch die Haftung des Vertrauensmannes eine äußerst strenge. Er ist dem Verleiher unbedingt ersatzpflichtig, wenn ihm selbst die Sache abhanden gekommen ist oder er sie weitergegeben hat. Dies geht aus der Strenge des Verfahrens, das materielle Einreden nicht gestattet, hervor. Man geht vielleicht nicht fehl, wenn man annimmt, daß der Entleiher, ist erst die Hingabe der Sache an ihn und seine Verpflichtung zur Rückgabe offenbar, sich der Inanspruchnahme durch den Verleiher überhaupt nicht entziehen kann. Dafür kann sich aber auch der Vertrauensmann selbst an den Dieb oder als Weiterverleiher, wie oben gezeigt, an den dritten Erwerber halten. Den engen Zusammenhang dieser beiden Tatsachen stellt Beaumanoir XXXI, 16 [2]) dar:

> „Se une coze est louée à aucun et ele est emblée, le poursuite en apartient à celui qui le loua car il est tenus au rendre le coze qui li fu louée o tout le louage qui fu convenenciés".

§ 13.

Mit der Erkenntnis, daß prozeßrechtliche Grundsätze die Beschränkung der Mobiliarverfolgung bedingen, bleibt die Frage ungelöst, ob die Klage de re praestita nach ihren Voraussetzungen (gleichviel, ob sie im Verfahren vorgebracht werden müssen oder nicht) in dem klägerischen Eigentum oder nur in der Rücksicht auf die persönlichen Rechtsbeziehungen zwischen Kläger und Beklagtem begründet ist. Die Antwort liegt umso

---

[1]) vgl. Heusler, Gewere S. 495 ff.

[2]) Coutumes du Beauvoisis I S. 464.

mehr im Dunkel, als ein Substanziierungszwang des Klagegrundes für den Kläger nicht besteht. Es käme also auf eine Untersuchung an, ob im Rechtsempfinden der damaligen Zeit der Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten überhaupt zur Geltung gelangt, und, sollte dies der Fall sein, nach welcher der beiden Kategorien die Klage de re praestita sich hinneigt. Von dem Streite, der zwischen Heusler einerseits und Laband und Planck andererseits über das Vorhandensein dinglicher und persönlicher Klagen, dinglicher und persönlicher Rechte im deutschen Rechtssystem ausgefochten worden ist, bleibt unsere Untersuchung unberührt, da, wie schon oben bemerkt, ein Rückschluß aus dem späteren Mittelalter auf diese alte Zeit unstatthaft ist. Heusler[1]) versucht zwar auf die fränkische Zeit die späteren Klagen auf Gut (dinglich) und um Schuld (persönlich) in Form der Klagetypen „malo ordine possides" und „dare debes" zurückzuführen. Für den Deliktsprozeß, die Mobiliarvindikation bei unfreiwilligem Verluste und den erst später entstandenen Immobiliarprozeß stehen ihm Belege zur Verfügung; allein gerade in dem Falle der Klage de re praestita, die er als dinglich bezeichnet, versagen seine Argumente. Ein Beispiel aus dem Richtsteig Landrechts kann unmöglich den Beweis erbringen. Gäbe man selbst das malo ordine possides zu, wo sollte dann die notwendig sich ergebende Antwort non possideo malo ordine ihren Platz finden? Denn diese soll doch den Beklagten zum Beweise seines Rechtes führen, einer Handlung, die im Betreibungsverfahren unzulässig ist. Aus der Prozeßart, die dem Verfahren aus fides facta, unzweifelhaft einem Schuldverhältnis, dem „ersten Vertrage des deutschen Rechts"[2]), im wesentlichen gleichartig ist, könnte man eher das Gegenteil schließen. Denn im Gegensatz zum modernen, inhaltlosen Prozeßschema hat das alte Recht vielfach besondere Klagformen für bestimmte Rechtsfälle geschaffen[3]). Es müßte sonderbar erscheinen, wenn es diese beiden Klagen in eine

---

[1]) Inst. I. S. 387.

[2]) Heusler, Inst. II S. 230.

[3]) Bethmann-Hollweg, IV S. 471.

Form göſſe, wofern es einen Gegenſatz in ihrem Weſen verſpürte. Da weitere Klagen nicht vorhanden ſind, daher ein Vergleich nicht möglich iſt, bleibt nichts anderes übrig, als auf den Wortlaut des Tit. 52 zurückzugehen und aus ihm den Prozeßſtoff zu entnehmen. Dieſer ſcheint zunächſt nur zu beſtehen in

1). si quis alteri aliquid praestiterit,

2). et ei noluerit reddere.

Iſt nun hiermit geſagt, daß eine Klage wegen der Verpflichtung zur Rückgabe aus einem Leihevertrage erhoben wird? Sicherlich ebenſo wenig, als daß die Klage einem Rechte an der vorenthaltenen Sache entſpringt.

Da iſt es die Methode des Verfahrens, die uns den Weg weiſt. Die Klagbarkeit des Anſpruchs auf Rückgabe entſteht nämlich nicht in dem Augenblick, in welchem der Gläubiger die erſte testatio an den Schuldner richtet. Wir können dieſe drei außergerichtlichen Mahnungen unmöglich zur Klage im engeren Sinne rechnen. Sie ſind nur eine Vorbereitung zur gerichtlichen Geltendmachung, m. a. W. ſie gehören zu den Prozeßvorausſetzungen. Es genügt nicht, daß das factum der Hingabe und widerrechtlichen Einhaltung beſteht. Zur Klagbarkeit des Anſpruchs iſt nötig, daß die Forderung fällig iſt und daß außerdem der Beklagte durch erfolgloſe Aufforderung in formales Unrecht geſetzt wird [1]), oder es bedarf nach der neueſten Auffaſſung [2]) der beweisbaren Kündigung, die den Schuldner in ſchuldhaften Verzug ſetzt. Dieſe Tendenz, den Beklagten bußfällig zu machen, noch bevor ins eigentliche Verfahren eingetreten wird, verleiht der ganzen Klage einen deliktiſchen, pönalen Charakter [3]). Nun weiß ich wohl, daß der Anſpruch, auf den die Klage zurückgeht, dinglich ſein kann, wenn auch die Durchführung des Prozeſſes einen ſtrafprozeſſualen Charakter hat. Das iſt es auch, worauf Heusler immer wieder zurückkommt. Allein darauf kommt es hier garnicht an. Wollte

---

1) Schröder, RG. S. 85.

2) Immerwahr, S. 20. v. Halban III, S. 281 Anm.

3) Brunner, II S. 520. Heusler, Inſt. II S. 233 u. A.

man auf diesem Standpunkt bleiben, so würde man den deutschrechtlichen Begriff der Klage, welcher sich lediglich als „Anrufung der richterlichen Hilfe“ [1]) darstellt, mißverstehen. Diese Anrufung ergeht zu dem Zwecke, den Beklagten, dessen Leistungsverweigerung einen deliktischen Charakter angenommen hat, in Strafe zu nehmen und durch das nexti cantichio, den Leistungsbefehl, seine Haftung festzustellen und ihm die Rückgabepflicht nochmals vorzuhalten, diesmal mit der Wirkung, daß dem weiteren Verweigern die Vollstreckung auf dem Fuße folgt. Es ist nicht mehr das Recht des Klägers, das „malo ordine possidere“ des Beklagten, auf das hin ihn jener gerichtlich anspricht, sondern vielmehr die dauernde Weigerung des Beklagten, die diesen ungehorsam (im technischen Sinne) und damit straffällig macht [2]). Um die Bußpflicht des Beklagten dreht sich auch vornehmlich das Verfahren. Freilich tritt späterhin in zweiter [3]) Linie die Eintreibung der Forderung hinzu [4]). Dies mischt in die Deliktsnatur ein zivilrechtliches Moment, ohne daß sich irgend eine prinzipielle prozeßrechtliche Scheidung bemerken läßt. Diese ist auch unmöglich; denn ein bloßer Eingriff in die Privatrechtssphäre eines anderen genügt dem alten Rechte zur Verfolgung des „Täters“ nicht. Der Eingriff muß erst eine solche Form angenommen haben, daß er vom Standpunkte einer Gerechtigkeit, die Unrecht sehen will, um strafen zu können, einer Gegenmaßregel würdig erscheint [5]). Das alte Recht kennt den Begriff der zivilen Schuldforderung wohl, besitzt jedoch keinen selbständigen Rechtsschutz für sie. In dieser Erkenntnis wählt es das Betreibungsverfahren, um mit seiner Hilfe einen Tatbestand zu schaffen, der zur Grundlage einer Klage geeignet ist. Diese selbst in ihrer strafrechtlichen Eigenart verbraucht aber das zivilrechtliche Moment, läßt es neben dem deliktischen Verhalten des Beklagten, wie sich in der prozessualen

---

[1]) s. oben § 2

[2]) Bethmann-Hollweg, IV. S. 26.

[3]) Schröder, S. 390 Anm. 121.

[4]) Hermann, S. 186 Anm. 1.

[5]) Egger, S. 410: „Die zivile Obligation wird dadurch realisiert, daß sie zur strafrechtlichen gesteigert wird“.

Behandlung zeigt, als so geringfügig erscheinen, daß es der Rechtsanschauung jenes Gesetzes Gewalt antun hieße, wollte man die fast verschwundene zivilrechtliche Seite der Klage wieder an die Oberfläche kehren und aus einer unsicheren Kombination, ob sie sich dinglich oder persönlich zeige, dann der Klage selbst die Bezeichnung „dinglich" oder „persönlich" aufzwängen. Wir müssen uns damit begnügen, den eigenartigen Mischtypus erkannt und festgestellt zu haben[1]).

---

[1]) Dagegen die herrschende Meinung, Heusler, Inst. II S. 7 (der die Klage dinglich nennt) und Bethmann-Hollweg IV S. 50 (der sie als persönlich bezeichnet) ebenso Glasson, S. 396.

Zweiter Teil.

I. Abschnitt.

§ 14.

Es soll nunmehr untersucht werden, welche Institute das spätere Prozeßrecht aufweist, in denen sich in irgend einer Entwicklungsstufe die Klage de re praestita vorfindet. Als Leiter sollen dienen die äußere Form der Klage wie sie als Ergebnis der voraufgehenden Untersuchung oben in § 10 kurz dargestellt ist; dann ihr Wesen als beschleunigtes Schuldbetreibungsverfahren, d. h. die Prozeßart, welche es dem Gläubiger ermöglicht, ohne langwierige Verhandlungen vor Gericht den Schuldner auf seine Weigerung hin zur Zahlung seiner Schuld zu veranlassen.

§ 15.

Die übrigen Volksrechte außer der Lex Salica enthalten nur wenige Spuren der Klage de re praestita.

I. Nur im Burgundischen Recht läßt sich das exekutivische Verfahren in der Form der ursprünglichen Klage mit der außergerichtlichen Pfändung nachweisen.

Lex Burg. Tit. 19 cap. 5: „de ablatis pigneribus et fide iussoribus. (In einem Bürgschaftsprozeß wird von dem Hauptschuldner gesagt, er sei) ter admonitus coram testibus vel post admonitionem pigneratus".

Tit. 107 cap. 7 [1]): „si quis fideiussorem acceperit et ante eum pignerare praesumpserit, quam auctorem suum,

[1]) Mon. III S. 576.

cum quo causam habet, praesentibus testibus ter admonuerit, pignera quae tollere praesumpserit in duplo restituat".

Diese Stellen lassen das Ladungsverfahren des Tit. 52 erkennen. —

Tit. 19 cap. 1 [1]): „Qui ante audientiam cuiuscumque pignera abstulerit, causam perdat et inferat multae nomine solidos 12".

Diese Stelle enthält den richterlichen Leistungsbefehl. —

Daß die lex Burgundiorum die Privatpfändung beibehalten hat, bezeugen folgende Stellen:

Tit. 19 cap. 6 [2]): „modus vero pignerum hic est, ut tertium partem fideiussor amplius tollat quam summa debiti est . . . . .". vgl. auch Cap. 10, 11 und Tit. 96.

Aus den angegebenen Stellen geht zugleich hervor, daß das Verfahren nur im Bürgschaftsprozeß zur Anwendung kommt.

II. Den richterlichen Leistungsbefehl, die iussio iudicis, enthält die lex Bajuwariorum in Tit. 13 Cap. 1 und 3 [3]):

„pignorare nemini liceat nisi per iussionem iudicis.

si quis aliquem contra legem pignoraverit sine iussione ducis, pignus sine laesione reddat et aliud simile addat . . . .".

III. Andererseits erwähnt die lex Ribuaria die Klage de re praestita überhaupt nicht, obwohl sie über die res praestita im Tit. 52 spricht. Das exekutivische Verfahren des Tit. 52 der Lex Salica ist für das Geltungsgebiet der lex Ribuaria überhaupt nicht nachweisbar [4]).

IV. Das westgotische Gesetzbuch verbietet die Pfändung ohne richterliche Mitwirkung für jeden Fall. lex Wisigothorum Tit. 5 cap. 61 [5]):

---

1) Mon. LL. III. S. 541.
2) a. a. O.
3) a. a. O. S. 314.
4) Sohm, in Ztschr. f. RG. V. S. 407.
5) Mon. LL. Sectio I Bd. I S. 231.

„pignerandi licentiam in omnibus submovemus; alioquin si non acceptum pignus praesumserit ingenuus de iure alterius usurpare, duplum cogatur“.

Andere Bestimmungen des 6. Titels beschäftigen sich zwar mit der Exekution, keine jedoch erwähnt unsere Klage.

V. Ebenso bestimmt für die Ostgoten das Ed. Theodor. cap. 123[1]):

„capiendorum pro suo arbitrio pignorum unicuique licentiam denegamus: ita ut si probabile fuerit, hoc agendi iudicis praestet“.

Also ordentliches Beweisverfahren und richterliche Pfändung.

VI. Von der Pfändung (insbesondere der Pfändung nach dreimaliger vergeblicher Ladung: Edict. Roth. cap. 245, 246[2])) ist im Langobardischen Rechte viel die Rede. Ob sie bei allen Schulden oder nur den formellen, streng einseitigen Verpflichtungen (später den unleugbaren: Edict. Liutpr. cap. 108/109) zur Anwendung kommt, ist bestritten[3]).

Den einzigen Fall der Anwendung unseres Verfahrens finden wir in Edict. Roth. cap. 250, 251[4]):

cap. 250: „si quis caballûs domitos, aut boves seu vaccas iugo domitas pigneravit sine iussionem iudicis, sibi nonum reddat“.

Das Verfahren der Pfändung enthält Cap. 251:

„si homo liber qui debitor est, alias res non habuerit nisi caballos domitos aut boves iunctorios, seu vaccas, tunc ille qui debitum requirit, vadat ad sculdahis et intimet causam suam, quia debitor ipsius alias res non habet, nisi quae supra leguntur. tunc sculdahis tollat bobes aut caballos ipsius et ponat eos post creditorem dum usque ei iustitia faciat. et si sculdahis dilata-

---

1) Mon. LL. V. S. 165.

2) bei Bluhme, S. 50.

3) Wach, S. 14 und die vorhergehenden: — a. M. v. Meibom, S. 191, Wilda S. 190.

4) bei Bluhme, S. 51.

verit facere, sit culpabilis in palatio regis solidos 12; et iustitia facta pignus restituatur“.

Unsere Klage ist also auf den Fall beschränkt, daß der Schuldner an pfändbaren Gegenständen nur gewisse Arten von Haustieren besitzt. Nachdem ein richterlicher Befehl ergangen ist und der Schuldner nicht leistet, begibt sich der Gläubiger zum sculdahis und entnimmt unter seiner Mitwirkung die Pfänder.

VII. Die lex Alamannorum pactus III,7 V,4[1]) und lex Frisionum add. VIII,2[2]) scheinen zwar die Privatpfändung zu gestatten, erwähnen aber die behandelte Klage nicht.

§ 16.

Wir kehren zum salischen Recht zurück. Dort bleibt die Klage de re praestita noch lange erhalten. Die späteren Rezensionen der Lex Salica enthalten fast unverändert den Titel 52, der 4. Text (Pardessus) als Titel 87, die Lex Salica emendata als Tit. 54. Diejenigen Teile des Verfahrens jedoch, welche im Tit. 52 einer genauen Besprechung nicht unterzogen sind, scheinen in der Folgezeit eine wesentliche Aenderung erfahren erfahren zu haben. Darauf deutet das Cap. 7 des Edict. Hilp., welches von einem exekutivischen Verfahren handelt. Wenn dieses auch selbst unsere Klage nicht enthält, lassen sich einige Grundsätze vielleicht auf ihre Durchführung übertragen.

Da der Ediktus einer erfolgreichen Interpretation im einzelnen bisher dauernd widerstanden hat[3]), soll hier von einer solchen abgesehen werden. Es werden dem Herrn zur Einlieferung eines schuldigen Sklaven drei Fristen gestellt. Die erste von ihnen, 42 Nächte, kann freilich dadurch, daß der Beklagte Abhaltung anmeldet, auf 84 Nächte[4]) verlängert werden,

---

[1]) Mon. LL. III S. 83,l.

[2]) bei Gaupp, S. 46.

[3]) vgl. die teils vergeblichen, teils der Begründung entbehrenden, phantastischen Versuche von Clement, S. 270ff. und Sohm, Prozeß S. 199ff.

[4]) anders Sohm, S. 202.

nach deren vergeblichem Ablauf den Beklagten eine besondere Buße von 15 solidi trifft. Die Schilderung des Verfahrens kehrt nach diesem Exkurse zu der ersten Frist von 42 Nächten zurück [1]). Ist diese ohne Erfüllung oder Ableistung der fides facta durch den Beklagten verstrichen, so erfolgt eine neue Fristsetzung von 40 (oder 14?) Nächten und dann von 7 Nächten. Hiernach wird in der Gerichtssitzung vor den Rachinburgen der Graf zur Exekution aufgefordert, die er im wesentlichen nach den Grundsätzen des Tit. 50 Cap. 2 vornimmt.

Wir vermissen in diesem Verfahren vor allem jenen haftungbegründenden Formalakt und richterlichen Leistungsbefehl, der in der Klage de re praestita den Ausgangspunkt des ganzen Exekutionsverfahrens bildet [2]). Da man nicht annehmen kann, daß in der späteren Zeit dem Parteibetriebe noch mehr überlassen geblieben ist als in jener ältesten Zeit [3]), ist zu folgern, daß die Fristsetzungen unter Mitwirkung des Gerichts erfolgen [4]). Daß die Endtermine der Fristen gerichtliche Termine mit Urteilen [5]) sind, geht aus den zahlreichen Verhängungen von Bußen (im Gegensatz zur bloßen Anwachsung bei der testatio) und der anzumeldenden sunnis hervor. Daraus ist wohl für unsere Klage zu entnehmen, daß auch bei ihr die gerichtliche Tätigkeit in den Vordergrund tritt; insbesondere bleibt die Pfändung nicht mehr der Partei überlassen, wie Novelle 31, 18 (Merkel 19) zeigt:

„de dispectionibus si quis in mallum alterum per lege convinxerit, ad fidem facere dispexerit aut pretium solvere, tunc racineburgiis (debent) de eum ante audire secundum legem qualis causa est et ille qui eum mallavit ad causam suam ei nunciare debet pretium ante dictum. et tunc ei si solvere noluerit, tunc per legem

---

[1]) Anders Sohm, a. a. O.

[2]) Das nexti canticchio verschwindet mit dem Ersatze des Thunginus durch den Grafen im 6. Jhrhdt. Vgl. Planitz, S. 46.

[3]) Sohm, S. 192.

[4]) Pardessus, S. 606.

[5]) Geffcken, S. 273.

> debet attendere et postea grafionem ad casam suam invitare, ut quod lex est de ipsa causa de rebus eius secundem legem debeat revestire“.

Der Schluß der Stelle besagt, daß bei Verweigerung der Zahlung und des Zahlungsversprechens, nachdem die Nachinburgen vom Sachverhalte Kenntnis genommen haben (mehr möchte ich aus dem audire nicht herauslesen[1])) und der Beklagte ordnungsgemäß ausgewartet ist, die Pfändung durch den Grafen vorgenommen wird. Hierzu vgl. auch Karls des Großen capitulatio de partibus Saxoniae a. 785 cap. 25[2]):

> „de pignore: ut nullatenus alterum aliquis pignorare praesumat. et qui hoc facere conaverit, nostrum bannum persolvat“.

Daß in der karolingischen Zeit im übrigen die Form der Klage erhalten geblieben ist, beweist die Aufnahme des Tit. 52 in die Lex Salica emendata[3]). Hierzu noch Extravaganten zur Lex Salica cap 6[4]):

> „postquam autem debitor wadium dederit . . . . . et si domo non dat (Hauptschuldner), fideiussor . . . . . pro neglectu debitoris det. si non, proiectos componat 17 solidos et supra quod spopondit“.

projectos = pro iectus (iactivus)[5]) zeigt, daß ein Verfahren bis zur Jaktivität, dem „Ungehorsam“ im prozeßtechnischen Sinne[6]) stattgefunden hat.

Auch im späteren fränkischen Rechte, dem sogen. Amtsrechte, wird das Verfahren beibehalten, wie die richterlichen Leistungsbefehle beweisen, deren uns eine Anzahl in den Formeln als indiculi commonitorii überliefert sind. Es sind dies die Formeln: Marculf 1 No. 26, 27, 28, 29, Cartae Senonicae No. 18, Lindenbrog. No. 116, Haubold, opuscula academica

---

[1]) vgl. Sohm, Proz. S. 205.
[2]) Mon. LL. Sectio II capitularia tom. I. S. 70.
[3]) Vgl. auch Bethmann-Hollweg V S. 90.
[4]) Merkel, S. 100.
[5]) Sohm, Pr. S. 195 Anm. 4.
[6]) s. oben § 6.

t. II p. 910[1]). Da es nicht angängig ist, alle diese Formeln hier wiederzugeben, greife ich diejenige heraus, die am deutlichsten die rechtliche Natur eines solchen Leistungsbefehls zu zeigen scheint: App. ad Marc. no. 30[2]):

„Ille rex Francorum, vir inluster, magnifico fratri illo comite. cognoscas iste praesens ille ab hac missa petitione nobis subgessit eo quod homo alicus, nomine ille, res suas in vestro ministerio ad sancto illo delegasset, et dicit quod ille vel alii homines ipsas res contendunt mala ordine. Propterea omnino tibi rogamus ut, si veritas est, integra iustitia sine ulla moratione ei facias exinde. et (si) ante (vos) minime difinitum fuerit tunc ipsos homines, qui malo ordine hoc contendunt. per fideiussoris positus super noctes tantas, postquam has litteras recipis, ante nos facias advenire. taliter agis, si gratia nostra vellis habere“.

Ganz deutlich zeigt sich im Schlußsatze die exekutorische Kraft des Befehles, nach dem auf bloßen Klageantrag hin ohne Sachprüfung der indiculus erlassen worden ist. Das Widerspruchsrecht des Beklagten wird dadurch gewahrt, daß ihm der indiculus die Möglichkeit der Weigerung gibt, falls er etwas zu entgegnen hat, und damit die Umleitung ins kontradiktorische Verfahren gewährt. Dies bezeugt auch Form. Marc. I,27[3]):

„. . . . certe si noluerit, et ante vos recte non finitur, memorato illo, tollitis fideiussoribus, kalendas illas ad nostram eum cum omnimodis dirigere studeatis praesentiam“.

§ 17.

Im altnordischen Rechte zeigt ein der Klage de re praestita verwandtes Verfahren die Verfolgung der sogen. illiquiden Schuldsachen, d. h. derjenigen Ansprüche, deren Begründung

---

1) M.G.H. Form S. 59 f., S. 193, 537, 534.
2) a. a. O. S. 193.
3) M.G.H. Form. S. 60.

nicht durch Zeugen nachgewiesen werden kann[1]). Das Verfahren beginnt mit einer formlosen Mahnung, die lediglich den Zweck hat, die Schuld, welcher ja vorläufig die Liquidität fehlt, fällig zu machen[2]). Wird der auf diese Weise herbeigeführte Fälligkeitstermin versäumt (das erste „et ei noluerit reddere" aus dem Verfahren d. r. pr.), so begibt sich der Gläubiger hier nun nicht wie dort alsbald zum Hause des Schuldners, um die formelle, mit erheblichen Rechtsfolgen verknüpfte Mahnung anzubringen, sondern er bestimmt demselben zunächst einen Termin, an dem er ihn zuhause zu treffen wünscht; dies ist die heimstefna, das ist Heimladung: Frost. X. 4[3]):

> „Svá scal manni heim stemna. nemni þann mann á namn oc maeli svá. ec stemni þér heim til böiar þess er þu byr á. eđa til þess böiar er þu átt heimili á. oc nemni ec boeinu. inn til ellz oc arins oc til þess huss er setclaeđi ero í breidd. til cvöđo eđa til þingstemnu oc nemni dag þann þá er sól riđr upp, oc þar til er hann setze. oc nemni vitni viđ".

Die Ladungsfrist ist auf höchstens 15 Nächte festgesetzt (Gul. 35). Am festgesetzten Tage erscheint der Gläubigers beim Hause des Schuldners und spricht ihn um Erfüllung an.

> „Frost. X,6[4]): svá scal mann cveđia. nemna mann þann à namn. oc cveđi hann gripar þess er hann á at honum. oc nemni gripinn. oc cveđi hann laga cvöđ oc lyritar. oc nemni vitni viđ".

Diese Ansprache, kvađa genannt, entspricht in Form und Bedeutung der testatio in der Lex Salica. Durch sie wird der Schuldner in nunmehr rechtsverbindlicher Weise aufgefordert seiner Verpflichtung nachzukommen. Er hat die Möglichkeit zu erfüllen oder die Erfüllung zu versprechen (festa fé), wodurch er die Forderung zu einer liquiden (vitafé) machen würde. An

---

[1]) v. Amira, Vollstrverf. S. 269.
[2]) v. Amira, Obligationsr. II S. 449. Vgl. auch oben § 5 a. E.
[3]) Norges g. love I S. 218.
[4]) a. a. O. S. 219.

dieser Stelle findet sich eine wesentliche Abweichung von dem Verfahren d r. pr. Während dort der Schuldner erst nach Erlaß des richterlichen Leistungsbefehls (nexti cantichio) kurz vor Eintritt der Vollstreckung die Möglichkeit hat, durch Bestreiten der materiellen Berechtigung des klägerischen Vorgehens die ganze Sache in ein ordentliches Gerichtsverfahren mit regelrechter Beweisführung über die materiellen Klagetatsachen umzuleiten [1]), wird hier die Gelegenheit dazu schon bei der ersten kvaða gegeben. Der Schuldner legt in diesem Falle ein Versprechen ab (festa dom), auf das Zustandekommen eines Privatgerichtstermins (skiladomr) hinzuwirken.

Dessen Wesensart und Verfahren ist hier nicht zu besprechen [2]). Es wird vielmehr hier wie bei der Klage de re praestita der Verlauf weiter verfolgt, im Falle der Schuldner bei der einfachen Weigerung verharrt. Da taucht wieder jenes deliktische Moment auf, welches auch das Verfahren der Lex Salica beherrscht. Nach der Rechtsanschauung jener Zeit begeht ein strafbares Unrecht, wer einen Privatanspruch schuldhafter Weise nicht erfüllt.

Er wird wegen „Vergehens widerrechtlicher Vorenthaltung" [3]) (rán) verfolgt. Für die vorliegende Abhandlung ist von Interesse, daß auch wegen des Anspruchs auf Herausgabe einer Sache bei Verzug des Schuldners rán entsteht [4]). Dieses Unrechts bedarf es zur Fortentwicklung des Verfahrens. Ohne rán wäre eine Zwangsvollstreckung im späteren Verlauf nicht möglich, da das norwegische wie das salische Recht Privatrechtsansprüche als solche nicht als vollstreckbar ansieht [5]). Das sicherste Anzeichen für den deliktischen Charakter, den das Ver-

---

[1]) Siehe oben § 9.

[2]) Ueber den skiladomr vgl. v. Amira Vollstrvf. S. 275 ff. K. Maurer, In krit Vierteljschr. XVIII S. 44. Ausführlicher ders. Altn. Gerichtsw. S. 117 ff. Brandt, Forel. II S. 302 ff. v. Schwerin in G.G.A. 1909 S. 839.

[3]) v. Amira, Vollstrv. S. 232.

[4]) v. Amira, Obligr. II. S. 437.

[5]) v. Amira, Vollstr. S. 231. K. Maurer, In krit. Vierteljschr XVIII S. 64.

halten des Schuldners durch die Nichtbeachtung der kvađa annimmt, ist die Ungehorsamsbuße, die hier wie bei der ergebnislosen testatio verwirkt ist. „Sie beträgt 3 Ören [1]), nach manchen Rechten 6 Ören [2]). Gleich der testatio muß die kvađa dreimal immer mit zwei Zeugen wiederholt werden. Für jedes Mal sind 3 bezw. 6 Ören Buße verfallen. Im norwegischen Rechte fehlt allerdings zwischen der jedesmaligen Vornahme der kvađa die Frist von 7 Nächten, welche die Lex Salica vorschreibt.

Vielmehr dürfen die drei Mahnungen (in nicht überall gleicher Anordnung) an zwei aufeinanderfolgenden Tagen vorgenommen werden. Darüber sagt Gul 37 [3]):

> „nu kveđr mađr fiar sins en hanom vill engi mađr dom festa. þa scal hann ganga utangarz aeđa tara út um marreins bacca. oc fara aptr til hus siđan. oc kveđia i annat sinn. en ef hann vill eigi dom festa biđi hann at hann se heima hindar dags of morgon oc kveđia enn i sinn hit þriđia“.

Die geringe Zeitspanne, die für die dreimalige Mahnung vorgesehen ist, erklärt sich wohl daraus, daß durch die heimstefna dem Schuldner eine genügend lange „Einlassungsfrist" gewährt ist.

Mit der Mahnung soll auch ein rechtsförmlicher Protest (skirskota ráne, lysa rane) verbunden werden [4]), welcher der solsadia entsprechen dürfte mit der Abweichung, daß dieser Protest nicht notwendig Abwesenheit des Schuldners voraussetzt, sondern nur das Ausbleiben der Leistung feststellen will [5]).

Hat der Schuldner auch die dritte kvađa vorübergehen lassen, ohne seinen passiven Widerstand aufzugeben, so nimmt das ganze Verfahren einen anderen Charakter an. Die Forderung

---

[1]) Frost. X. 17.
[2]) Gul. 37, 268.
[3]) Norg. g. l. I. S. 23
[4]) Gul. 37 mit v. Amira, Obligr. II S. 438 u. 467f.
[5]) a. a. O.

wird nunmehr als liquid angesehen[1]) und der Schuldner mittels einer þingstefna vor das Thinggericht gebracht[2]).

Gul. 37[3]). „en þedan scal hann stefna hanom til þings. oc leiđa vatta sina á þingi. alla slica sem a dome settum skylldi“.

Die Klage lautet auf rán.

Im Verlaufe des gerichtlichen Termins werden auch wieder nur die formellen Voraussetzungen der Klage, d. h. heimstefna und dreimalige kvađa, einer Prüfung unterzogen. Ein Eingehen auf das zugrunde liegende materielle Rechtsverhältnis findet nicht statt[4]). Der Schuldner wird zu einem Gegenbeweis nicht zugelassen. Dies ergibt Gul. 59[5]):

„nu ero þann vitni er eigi scolo andvitni a mote koma. þat er heimstemnu vitni. oc þingstefnu vitni. oc kvođu vitni . . . .“

Das Urteil geht auf den doppelten Wert der Schuld (Gul. 37:

. . . . . „en hanom holfo meira en hann atte at hanom“)

Hier finden wir die dem Rechte germanischen Ursprungs eigene Strafe für den Vertragsbruch[6]), nur daß sie nicht wie die 15 solidi in der Lex Salica fixiert ist, sondern im Verhältnis zum Werte der Schuld angesetzt ist. Weigert sich der Schuldner, bald zu zahlen, so erfolgt nunmehr die sofortige Zwangsvollstreckung auf Hauptsache und Buße[7]). Diese beschreibt Gul. 35[8]):

„en ef hann vill eigi þa reiđa. þa scal krevia þingmenn. þa er á þingi ero at fara til. oc sva armann (Amtmann) konongs. oc boendr . . . . at fara

---

[1]) v. Amira, Vollstv. S. 274.

[2]) K. Maurer, Altn. Gerw. S. 140

[3]) Norg. g. l. I. S. 23.

[4]) v. Amira, Vollstrv. S. 254. K. Maurer, Altn. Gerw. S. 106. Derselbe, In krit. Vierteljschr. S. 44.

[5]) Norg. g. l. S. 31 f.

[6]) Siehe oben § 7 a. E. Derselben Meinung offenbar auch K. Maurer, krit. Vierteljschr. XVIII S. 66 f.

[7]) K. Maurer, in Lit. ZBl. 1885 S. 810.

[8]) Norg. g. l. I. S. 21.

> til oc taca holfo meira en hann sotte. oc kononge baug til handa. sa scal hava VI. aura at harda fauge er sotte“.

Diese letzte Buße dürfte dem fretus der Lex Salica entsprechen[1]).

Leistet der Schuldner Widerstand, so trifft ihn schwere Strafe. Von der Einziehung der Bußen für die versäumte kvađa ist an dieser Stelle nicht die Rede; sie wird erwähnt in

> Gul. 37: „. . . . at their till oc take af hanom aura XVIII“.

Die Haftung des Schuldners, auf Grund deren die Exekution stattfindet, ist eine Personenhaftung, deren charakteristisches Merkmal es ist, daß auf Seiten des Gläubigers ein Verfolgungsrecht entspricht, welches als Recht zum Ansprechen (kvađa) beginnt und zum Eintreiben ausgeübt wird[2]).

§ 18.

Die für die gesamte Rechtsentwicklung fruchtbare Zeit der Entstehung der Rechtsbücher hat auch mit unserer Klage eine Umgestaltung vorgenommen. In ihrer neuen Gestalt enthält sie der Sachsenspiegel im I. Buch Art. 70 § 2. Der Text lautet[3]):

> „Klaget man aver umme scult over den, die dar nicht dingppichtig n'is, noch dar to antworde nicht n'is, man sal ime gebieden von gerichtes halven, dat he gelde over virteinnacht, oder die scult mit rechte untrede. Ne dut he des nicht, man sal ine dar vore panden, unde dat pand sal man to borge dun dries, immer over virteinnacht, of man is to borge geret. Negert man's nicht to borge, man sal it halden doch ses weken unverdan; ne untredet jene die scult dar binnen nicht, sint ne mach he se nicht untreden, it ne neme ime echt not. So sal man dat pant vor de scult utsetten, oder verkopen, of man't da vore nicht gesetten ne

---

[1]) siehe oben § 6 a. E.

[2]) v. Amira, Grundriß S. 132.

[3]) Homeyer, I. Teil S. 227.

mach; wirt dar icht over, dat sal man jeneme weder geven. Brict dar ichtes an, man sal ine aver panden also lange, wente jene sin gelt hebbe“.

Das Verfahren stellt sich also folgendermaßen dar: Wird jemand, der nicht dingpflichtig und vom Gerichte abwesend ist, um Schuld (ohne Unterschied des Schuldgrundes[1])) beklagt, so soll er durch einen richterlichen Leistungsbefehl[2]) aufgefordert werden, im nächsten Ding nach 14 Tagen die Schuld zu bezahlen oder die Schuldforderung abzuweisen (untrede). Der Leistungsbefehl auf bloßen Antrag des Gläubigers, nicht, wie v. Meibom[3]) meint, Ladungen zu drei Dingen, bilden den Eingang des Verfahrens. Die Uebernahme von „to dren dingen“ aus Art. 70 § 1 ist nicht zuläſſig, da dieser Paragraph von dem Dingpflichtigen handelt, dessen gutes Recht die drei Ladungen (sine rechten degedinge) sind[4]). § 2 jedoch betrifft den nicht Dingpflichtigen, dessen Erscheinen auch durch 3 Ladungen nicht erzwungen werden kann, an den also, wenn es sich darum handelt, seine Kontumaz herbeizuführen, auch nur eine Ladung zwecklos wäre. Die rechtliche Wirkung des Leistungsbefehls ist nur bedingt, da er im Falle der Bestreitung seine Wirkung verliert. Unterläßt der Schuldner Zahlung und Widerspruch, so soll man zur Pfändung schreiten. Dem eigentlichen Pfändungsverfahren widmet der Sachsenspiegel eine viel eingehendere Besprechung, als es bisher irgend ein Gesetz getan hat. Man kann die Scheidung in zwei Stadien, ein Sicherungs- und ein Befriedigungsverfahren erkennen[5]). Die Wegnahme des gepfändeten Gutes wird regelmäßig von dem Frohnboten vorgenommen[6]), wie aus Ssp. Art. 53 § 3 hervorgeht:

„Sve gewedde . . . . nicht ne gift to rechten dagen, de vrone bode sal en dar vore panden . . .“.

---

[1]) Planck, Bd. II S. 251.
[2]) v. Meibom, S. 78. Planck, II S. 271.
[3]) S. 78.
[4]) Planck, I S. 341.
[5]) Planck, II S. 250 ff.
[6]) Maurer, GV. S. 244.

Mitunter begab sich auch der Richter selbst mit Schöppen zum Hause des Schuldners.

Sachsenspiegel (ed. Zobel) fol. DXXI: „so bescheide der richter dem beklagten zur hülff und gehe mit seinem fronen und etlichen schöppen in des beklagten gut und pfende allda den beklagten in etwas, das der schuldt ungefehrlich werdt ist".

Von dem genommenen Pfand heißt es, „das pant sal man to borge dun". Homeyer, der Herausgeber des Ssp. übersetzt: „Man soll es gegen Bürgschaft loslassen" [1]. Diese Uebersetzung ist unmöglich, da gerade von dem Pfande selbst gesagt wird, es soll zu borge getan werden; wollte man das borg also mit „Verbürgung" nach Homeyer übersetzen, so ergäbe das keinen Sinn. Die Forschung ist zu dem Resultat gelangt, in „to borge dun" die Uebergabe zur Aufbewahrung mit der Verpflichtung der rechtzeitigen Wiedergabe zu sehen [2], wobei der Ausdruck „borgen" selbst die Bedeutung von „sich verpflichten" hat [3]. Das Pfand muß dreimal nach immer 14 Tagen in Verwahrung gegeben, also auch dreimal dem Gericht wieder ausgeliefert werden. Diese Bestimmung unterliegt bei den Juristen der verschiedenartigsten Auslegung. Es ist nicht von Bedeutung, ob man darin drei Ausgebotstermine [4]) oder drei Aufgebotstermine [5]) erblickt. Die Ansicht scheint unbedingt zu verwerfen, die in ihnen die drei testationes aus Lex Salica tit. 50 cap. 1 wiedererkennen will [6]). Diese nämlich dienen nur der Vorbereitung des Hauptverfahrens, bestehend aus gerichtlichem Termin nebst Leistungsbefehl; während hier, wenn das das Pfand zu borge getan wird, die Pfändung selbst schon im Gange ist. M. E. müssen diese beiden Stufen des Verfahrens,

---

[1]) I, S. 404. ebenso Albrecht S. 140 Anm. 305. Planck, II S. 250.

[2]) In dieser Anwendung Ssp. II,9 § 3 und III,9 § 4. Vgl. noch v. Meibom, S. 80. Planck, II S. 272.

[3]) Weiske, in Ztschr. f. dtsch. Recht Bd. 14 S. 133.

[4]) Glossar. lat. ad. Spec. Sax. I, 70 (Zobél, CLXIV b).

[5]) v. Meibom, S. 82.

[6]) Skedl, S. 9 Anm 21.

der gerichtliche Termin und die Exekution selbst, getrennt gehalten werden. Näher liegt die Ansicht, daß es sich um drei Gerichtstage handle, an denen dem Beklagten zur Wahrung von „sine rechten degedinge“ [1]) Gelegenheit geboten wird, das Pfand durch Zahlung oder dadurch, daß er die „cult untredet“, zu lösen [2]). Damit wäre aber gesagt, daß die Aufbietung des Pfandes zugleich eine Ladung enthielte, wie auch Planck, a. a. O. zugibt. Dies jedoch aus einem Gesetze, das sich seiner Ausdrucksweise schon klar bewußt ist, zu entnehmen, geht weit über eine einfache Interpretation hinaus. Gegen diese Annahme spricht außerdem Folgendes: Wenn sich niemand findet, der das Pfand in Verwahrung nehmen will, wird es vom Gericht 6 Wochen unverkauft einbehalten. Von den drei Terminen ist nun nicht mehr die Rede. Da ihr eigentlicher Zweck, das „zu borge dun“, weggefallen ist, findet sich kein Anhalt dafür, daß sie dann überhaupt noch stattgefunden haben. Ich folgere hieraus, daß die drei Aufbietungen nur eine Vorsichtsmaßregel des Gerichts waren, das darauf bedacht sein mußte, das Pfand bis zum Austrag der Angelegenheit möglichst unter den Augen zu behalten, zumal da neben einem Dritten auch die Parteien das Pfand in Verwahrung nehmen durften [3]).

Sind die sechs Wochen verstrichen, ohne daß der Beklagte zu seiner Verteidigung etwas tut (es sei denn, daß echte Not ihn hindert), so beginnt das Befriedigungsverfahren. Der Pfandgegenstand wird von dem Frohnboten [4]) weiterverpfändet oder verkauft und mit dem Erlös die Schuld bezahlt. Ein Ueberschuß muß dem Schuldner zurückgegeben werden. Genügt der Erlös zur Deckung nicht, dann wird weiter gepfändet, bis der Gläubiger zu seinem Gelde gekommen ist.

Der Leistungsbefehl, welcher das Verfahren einleitet, wird hier wie in der Lex Salica auf Antrag des Klägers ohne Sachkognition erteilt. Ein Kontumazurteil stellt er nicht dar,

---

[1]) Ssp. I. 41, 67 u. A.

[2]) Planck, II S. 272.

[3]) v. Meibom, S. 80.

[4]) Ssp. Th. I 53 § 3.

da infolge der mangelnden Dingpflichtigkeit, wie schon gesagt, Kontumaz des Beklagten überhaupt nicht eintreten kann. Das besagt die Glosse ad Landrecht Buch I Art. 70:

> „„Man sal ime gebieden", diß geschihet darumb, das er nicht aus pflicht alda sein muß und darumb wird er nicht ungehorsam, ob er nicht da ist. Wisse auch das kein urtel einen bindet es sey dann der, den es betrifft, allda gegenwertig oder verseume es aus ungehorsam".

Damit verliert die Klage auch den deliktischen Charakter, der ihr im alten Rechte eigen war. Manche wollen ihn freilich noch darin erblicken, daß die Pfändung eingeleitet wird, wenn der Schuldner nach 14 Nächten nicht bezahlt [1]). Mir erscheint dies jedoch nur als die notwendige Folge des Zahlungsbefehls, ohne welche dieser überhaupt keinen Sinn hätte. Daß die Pfändung auf den Zahlungsbefehl keine Strafe für deliktisches Verhalten des Beklagten ist, geht auch daraus hervor, daß keinerlei Buße mit ihr verbunden ist (vgl. dagegen Ssp. II,6 § 3, I,53 § 1, III,39 § 3). So ist der Zahlungsbefehl auch im Ssp. eine Einleitung zur Exekution, ohne welche diese in dem speziellen Falle des Art. 70 § 2 nicht vorgenommen werden darf. Dies wird in der Glosse durch die Summaria ad I,70 ausgedrückt:

> „Wie einer die erst hülff mit des richters erleubnis umb schuld, in ein gut bekommen und erhalten soll".

Die drei Aufforderungen, d. h. die formelle Kündigung der Lex Salica, können wegfallen, da das Vertragsrecht im Ssp. schon soweit differenziert erscheint, daß die Fälligkeit einer Schuld, insbesondere aber die Haftung nicht lediglich durch einen einseitigen Formalakt herbeigeführt werden kann. Noch einmal mag darauf hingewiesen werden, daß die drei Ausbietungen des Pfandes keinesfalls an diese Stelle zu setzen sind. — Die Zulassung des Verfahrens ist nicht von dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis abhängig, sondern sie ist an die Person des Beklagten als eines nicht Dingpflichtigen geknüpft.

---

[1]) Planck, II S. 271.

§ 18a.

I. Von den Rechtsbüchern, welche man als die Familie des Sachsenspiegels bezeichnet, enthält der Richtsteig Landrechts die behandelte Klage in Cap. 7. Der Text lautet[1]:

„Wo man claget uppe verborget gut. Wil de, des wort du spreken scalt, clagen umme dat he vorborget heft, wen du ut deme spreke kumst, so spreke alsus: here her richter, wil gi N wort horen? Ja. So klaget N over N, dat he em si sculdig tein marc unde biddet enes ordels, oft gi icht ene tur antwerde biden scolen. Dat vint me. Is he dar nicht, so vrage, na deme dat he dar nicht ne si, wat dar nu rechtes umme si. So vint me, me scolet dachen over virteinnacht unde de richter scole ene beboden, oft he dar nicht en dingpflichtig si. Is et aver der andere clage, so spreke: here her richter, wil gi N wort horen. Ja. So biddet he ener kentnisse unde ic van siner wegen, oft it sin andere clage si. Wen he des bekant so spreke: des is hir N unde claget noch also he do dede. So daget man et over virteinnacht. So du oc tur drudden, unde vrage, na deme dat he nicht vor ne kumt, wat dar nu rechtes umme si. So vint me, men scolen, dar vor panden unde mede vasen [als recht ist]. Sus is et oc umme alle sculde unde oc umme gut, ...“.

Der Richtsteig verlangt also auch gegen den nicht Pflichtigen die dreimalige Ladung over virteinnacht mit besonderer Beschickung (beboden), wenn der Beklagte nicht pflichtig ist[2]. Es ist daher das gewöhnliche Ungehorsamsverfahren und zweigt sich damit von dem reinen Schuldbetreibungsverfahren des Ssp. ab. Ich weiß nicht, ob man in dieser Vermengung der im Ssp. getrennt gehaltenen Verfahrensarten eine historisch begründete Wiederaufnahme des deliktischen Charakters der alten Klage de re praestita finden darf. Das äußere Bild des Verfahrens könnte sehr leicht zu der Annahme verleiten. Allein

[1]) bei Homeyer, S. 110ff.

[2]) anders vermutet Planck, I,343.

es ist doch wohl unwahrscheinlich, daß, nachdem der Ssp. schon eine Reinigung vorgenommen hat, durch den Richtsteig die alte Mischung der Klagen bewußt wieder aufgenommen wird. Ich glaube vielmehr, daß der Richtsteig nur eine neue Vermengung der getrennten Formen herbeiführt. Daß jedoch auch hier ein Leistungsbefehl nur auf Grund einer Prüfung der nötigen Formalitäten erlassen wird, zeigt das ausgeführte Cap. 7 nach der Görlitzer Handschrift[1]):

> „Gestet er nach czu dem drittin dinge nicht so fragit er, noch dem mol daz erste ding daz ander daz dritte bite ich in einem rechtin urteil czu irvaren, ab er nu icht sein recht umb sotane clage irstandin (durch Stehen vor Gericht erlangt[2])) hot, ȯdir waz dorum recht sy. So vint man im er habe. So froge, ob man im icht pfandis helfin sulle[3]) um sotane schult . . . . .“.

Ob nach der Pfändung auch die drei Aufbietungen des Pfandes stattfinden, so also sechs Gerichtstermine bis zum Beginne des Befriedigungsverfahrens vergehen, ist bestritten[4]). Die Leipziger Handschrift ergänzt Cap. 7 dahin:

> „da er also von gerichtis weigin . . . us gepfendit wirt, das sal man uff biten vor gehegitten dinge ein dingk czwey ding drey ding vier ding vbir recht. so magh man es versetzen adir verkeuffen“.

II. Das Berlinische Stadtbuch (aus dem Jahre 1397) enthält eine mit Ssp. I,70 § 2 im wesentlichen übereinstimmende Bestimmung im Teil III Cap. 2[5]). Sie weicht nur darin ab, daß sie dem Zahlungsbefehl eine Ladung vor Gericht voranschickt (vorboden), und daß das Pfand dem Schuldner zur Aufbewahrung übergeben wird. („das pand sal man em tu borge dȯn dries“).

---

[1]) bei Homeyer, 4. Beigabe S. 386.
[2]) Homeyer, S. 541.
[3]) vgl. in Gl. Summaria ad I § 70 oben § 18.
[4]) Homeyer, Not. 24. zu Cap. 7. Planck, II S. 274.
[5]) Fidicin, S. 99.

III. Das sächsische Weichbildrecht (um 1300) nach dem Cod. 461 der Heidelberger Bibliothek aus dem Jahre 1504[1]) bestimmt im Art. 145[2]):

> „zu antwurten beclagt ein man, denn andernn, vmb schult der do nicht ist kegenwertig man sall ym gegebiten das er gelde, yn in virtzenhentagen, ader dy schult entrede, thut er des nicht man, Zall yn pfenden, dreistunt in virtzentagen".

Hier ist das reine exekutivische Verfahren des Ssp. ohne vorherige Ladungen gegen jeden, sei er dingpflichtig oder nicht, zur Anwendung gebracht. Die dreimalige Aufbietung des Pfandes ist in den letzten Worten „dreistunt in virtzentagen" zu erkennen. (vgl. den Schluß der Stelle aus dem Schlesischen Landrecht.)

IV. In dem Breslauer oder sogenannten Schlesischen Landrecht bestimmt Cap. 119[3]):

> „von deme der nicht dingpflichtig ist. chlagit man umb schuld obir den der nicht pflichtig ist, man sal im gebiten von gerichtes halben das phant sol man czu borgin gebin dreistunt ymmer obir virczehen nach bis das jener seyn gelt habe".

§ 19.

I. Von den süddeutschen Quellen zeigt in veränderter Gestalt den Ssp. I Art. 70 § 2 der Deutschenspiegel in seinem Abschnitt 92[4]). Die Bestimmung enthält nur ein Kontumazialverfahren, auch fehlt ihr der Zahlungsbefehl („und clagt ein man umb gelte dem sol man für gepieten und chumt er nicht hinfür . . . im sol der richter richten hintz seinem gute). Unser Verfahren enthält er also nicht.

---

1) Thüngen, S. 26.
2) a. a. O. S. 43.
3) Gaupp, S. 158.
4) Ficker, S. 94.

II. Im Schwabenspiegel aber findet sich ein Artikel, der eine ganz bemerkenswerte Uebereinstimmung mit unserer Klage in ihrer ursprünglichen Gestalt zeigt.

Artikel 305[1]: „der vmbe golte claget. unde beclaget ein man den andren umbe gulte uffen dem lant tegedinge. dem sol man für gebieten dristunt. und kumet er für, so sol er im sin gut geben oder wetten. und sol im der richter gebieten, daz er im sin gut gebe é daz er dannan komme, oder im verpfende mit bereitem gute, daz er getriben unde getragen müge und hat er der pfender nüt, so setze bürgen uf ahte tage, zewern, unde hat e dez ouch niht, in so sol der rihter behalten alse hier vor geschriben ist“.

Die drei Privatladungen freilich fallen weg. Das Verfahren beginnt mit der Ladung vor Gericht, die dreimal wiederholt werden darf. Hier wird dem Beklagten Gelegenheit gegeben zu leisten oder zu wetten („aut reddere aut fidem facere reddendi“). Offenbar tut er keines von beiden. Es folgt der Leistungsbefehl. Gibt er nun das Gut noch nicht, so muß er dem Kläger andere Gegenstände verpfänden. Sollte die Pfändung zwangsweise ausgeführt werden, so geschieht dies vermutlich in der Weise, die Artikel 102b[2]) angibt:

„Wie man umbe gulte richten sol. unde claget ein man umbe gulte den sol man für tegedingen als hie vor gesprochen ist, unde kummt er nüt für, das umbe sol man (in) nüt ehten. in sol der richter hin zu sinem güte wiesen, zwa daz in sinem gerihte lit. unde sol sine buzze ouch da von nemen ob ez da ist reht in allen stetten. so sol man dem clager sine gulte unde sine buze vor dem rihter geben und gebristet an dem gute unt dez sol man dem rihter gebresten lan unde nit den clager“.

Hat Beklagter kein pfändbares Gut und auch keinen Bürgen, so behält ihn der Richter zurück und übergibt ihn

---

[1]) Laßberg S. 130.
[2]) Laßberg, S. 53.

dem Gläubiger in Schuldknechtschaft, wie dies in Art. 304a[1]) geschildert ist:

„wen man umbe gelt vahen sol. swer einen man beclaget vor gerihte umbe gelt und es nüt ze vergeltene hat noch bürgen geben hat, noch bürgen gehaben mag. der rihter sol im den man für sin gelt geben und entvastet in im. den sol er gehalten gelich seinem ingesinde mit spise unde mitarbeit. wil aber er in besliezzen in ein isen band daz mag er ouch wol tun unde anders sol er in nüt banden. lat er in oder entrinnet er im, da mit ist er nüt ledig dez geltes die wile unde er im nüt vergolten hat. so sol er im dienen alse einz sin ingesinde. unde wil es sin nüt gehalten, so sol der gelter swern ouf den heiligen, swenne es gewinne über sine notdürfte drizzig phenninge oder me, daz er im gelte“.

III. Genau entsprechende Bestimmungen hat das Stadt- und Landrechtsbuch des Ruprecht von Freysing in Cap. 196[2]) „von gelt schuld“ und Cap. 195 „den man ein schlechtt umb geltschult“. Das Kapitel über die Art der Pfändung finde ich nicht. Cap. 60: „wie man pfendnn sol“ enthält nur eine Bestimmung über die Behandlung dessen, der zu Unrecht pfändet.

IV. Eine Bestimmung des Kaiserrechtes lautet:
Buch I Cap. 15 erster Teil[3]) „wer an gerichte claget um farnde habe von eime dem ez des richters bot hat verkundet wider sinen munt oder zu hus, da er daheime ist, dem sal man tag setzen ob er an daz gerichte kumet vber vierzehen tag gulde oder recht zu tun dem clager; kumt er aber dar nit, daz ez der gesworn bote besaget, daz er im dar hab geboten, so sal im der richter richten bi schinder sunne“.

---

[1]) Laßberg, S. 129.
[2]) Maurer, S. 211.
[3]) Endemann, S. 17.

Das Gebot des Richters stellt den Schuldner vor die Alternative, zu zahlen oder in gerichtlicher Verhandlung sich dem Kläger gegenüber zu stellen (clausula justificatoria). Leistet der Beklagte nicht Folge, so ergeht nunmehr erst ein Urteil gegen ihn, das sich vermutlich als Kontumazurteil darstellt. Dem richterlichen Befehl, der also hier keine unmittelbar exekutive Wirkung hat, geht eine Anmahnung durch den Frohnboten voraus.

§ 20.

I. Unter den Sammlungen von Schöffensprüchen enthält das Kulmische Recht unsere Klage im Buch III Cap. 15:

„von verkoufen gehulfen phandes von dem rihter. Irsteit eyn man uf den andirn alle syne tage umme gelt alse recht is. unde man ym pfandes darumme hilft zu erbe adir tzu varnder habe. der en darf des pfandes vorbas nicht uf byten. sundir man sal ym dirlauben von gerichtes halben das her is verkoufe adir vorsetze vor syne phennynge und vor redliche kost v. r. w.“

Was unter der „Verhelfung zum Pfande“ zu sehen ist, ist uns bereits aus dem Ssp. bekannt [1]).

Fälschlich verweist Behrend [2]) auf Magdeburger Fragen II 2 distinctio 14 [3]). Hätte Behrend auch die zugehörige Frage zitiert, so wäre klar geworden, daß es sich um eine Schuld handelt, die in einer Gerichtsverhandlung vom Beklagten anerkannt worden ist und über die dann ein ordentliches Urteil ergangen ist („unde ym der schulde vor gericht bekennit also das ym funde worde, das her dy bekannte Scholt noch XIIII tagen gelden sulde“). Die Stelle hat mit unserer Klage nichts zu tun.

III. Dieselbe Bestimmung steht im Breslauer Rechtsbuch I § 25 [4]) und im Görlitzer Rechtsbuch Art. 64 [5]).

---

1) vgl. oben S. 66.

2) Pr. S. 74, Die genau gleiche Verwechslung bei Hauschild, S. 158 Anm. 6 und 7.

3) Behrend, Magdeburg. Fr. S. 164.

4) Gaupp, M. R. S. 234.

5) a. a. O. S. 292.

§ 21.

Der Untersuchung über das Material in den Stadtrechten lege ich Stobbes, Einteilung der Stadtrechte in Familien zugrunde[1]). Zur Bezeichnung der Entwicklung unserer Klage genügt die Untersuchung der Rechte in den Mutterstädten.

I. Das Magdeburgische Recht enthält zwar Stellen, die vom Zahlungsbefehl reden, jedoch nur, nachdem bereits kontradiktorische Verhandlung und Urteil (auf Anerkenntnis hin) vorausgegangen sind.

II. Einige Stellen des Lübischen Rechtes deuten eher auf unsere Klage:

> Cod. II, 75[2]) (gleichlautend mit Cod. III, 151 und 203): „Van penden unde bewisten penning. Kumpt klaghe vor dat richte umme lende penninge oder umme bewiste penninge de schal men ghelden dar na binnen eneme oder binnen twen daghen."

und

> Cod. III, 365[3]): „Wo men leende pennynghe unde bewysede penninghe weder gheuen schal. umme lende penninghe unde bewisede penninghe schalmen jeweliken manne dach dingen ouver twe nacht. mer van schult de en gast deme anderen schuldich is ofte eyn burgher dem gaste ofte en gast dem borgere schalmen ok dage dingen erst over XIIII nacht unde fit he dar over dat schal he beteren mit IIII sz. unde me schal eme anderwone dach dynghen over VIII daghe unde fitet he dar over dat schal he beteren mit IIII sz. unde so schal men ene echter dachdingen over twier nacht unde fit he dar en bouen dat schal he beteren mit IIII sz. unde dat schal em de voghet unde de rat panden ut synen weren".

Die erste Stelle dürfte man als Prozeßrechtssatz wohl überhaupt nur gelten lassen, wenn man das „schal men gelden" als

---

[1]) Rechtsqu. S. 535.

[2]) Hach, S. 280.

[3]) Hach, S. 524.

richterlichen Befehl auffaßt. Sicherlich gehört aber die zweite Stelle hierher. Sie wiederholt zunächst die erste Bestimmung und gibt dann eine neue für den Fall, daß jemand unter den Parteien nicht dingpflichtig ist. Dann wird der Zahlungsbefehl dreimal[1]) wiederholt mit jener jedesmaligen Buße von 4 Schillingen. Dann erst darf der Vogt mit dem Ratsmanne pfänden. Klaggrund ist ein Darlehen oder, was hier nicht in betracht kommt, bekannte Schuld.

III. Das Hamburger Recht von 1270 sagt:

> I. Art. 15[2]): „Van uthvarende ute de stad. So woor een man deme anderen schuldich is, unde de dar schuldich is varet ute der stad umme sine neringe, unde beclaget men ene umme sine schult, heuet he erve in der stad, de rad schal deme clagere enen breff geven, unde in deme breve deme de dar schuldich is leggen enen dach, dar he under komen mach. unde kumpt he nicht bynnen deme dage, so wat men up eme tugen mach, dat schal men deme clagere bewisen an syneme erve, so liker wis ofte it eme set sy, unde dar schal he mede varen also stad recht is“.

Der Zahlungsbefehl in Gestalt eines Briefes wird gegen denjenigen erlassen, der durch Abwesenheit von der Stadt sich zur Zahlung nicht bereit stellt. Erfüllt er nicht an dem im Briefe angesetzten Tage, so erfolgt Einweisung des Klägers.

IV. Im Münchener Stadtrechte ist Art. 30 und 99 (mit gleicher Bestimmung)[3]) zu merken:

> „Swer hinz dem andern gelt zu vodern hat, daz hinder XXXVI dn. ist, dem sol fronbot pfant antwurten ze haus und ze hof, ob iemener ân laugen ist, laugent aber ener so sol im fronbot fürpieten von des clagers wegen auf das naechst recht . . .“

Nimmt man an, daß die durch den Frohnboten an den Kläger gerichtete Aufforderung ihrem Wesen nach den richterlichen

---

[1]) vgl. Behrend, Pr. S. 74.
[2]) Lappenberg, S. 9.
[3]) Auer, S. 14 und S. 40.

Zahlungsbefehl darstellt, so bringt diese Stelle eine entscheidende Wendung in der Entwicklung unserer Klage. Während bisher die Zulassung des Klageverfahrens von der Person oder dem Verhalten des Schuldners abhängig gewesen ist, wird hier die Beschaffenheit der Schuld (ihre Höhe unter 36 dn.) ausschlaggebend. Vielleicht aber ist in der Bestimmung nur gesagt, daß bis zur Höhe von 36 dn. die Angelegenheit dem Frohnboten allein überlassen werden darf, die 36 dn. also eine Art Zuständigkeitsgrenze bezeichnen. Dann verlöre natürlich die Stelle ihre Bedeutung[1]).

§ 22.

Damit schließt die Entwicklung unserer Klage vor der Rezeption ab.

Die Rechtsbücher und die nach ihnen angefertigten Rechte haben die behandelte Klage in reinerer Form bewahrt, als es die Zeit nach den Volksrechten getan hat. Der materielle Klagegrund ist für die ganze Zeit gleichmäßig eine Klage um Schuld geblieben. Nur in wenigen Rechten ist die Anwendung durch die Beschränkung auf nicht Dingpflichtige eingeengt. Die dreimalige private Aufforderung (testatio) ist weggefallen. Vielleicht ist sie es, die als dreimalige Ladung der Beklagte zu verlangen hat[2]), bevor das Gericht gegen ihn als einen Ungehorsamen Zwang ausüben darf. Jedenfalls ist sie dann ins Ungehorsamsverfahren übergegangen und hat den engeren Zusammenhang mit unserer Klage verloren, da der Zahlungsbefehl nicht bei ihr steht. Dieser hat sich in gewisser, in den einzelnen Rechten an verschiedene Voraussetzungen gebundener Anwendung erhalten. Im folgt bei Nichteinhaltung der zur Leistung gestellten Frist die Exekution durch den Richter oder eine Gerichtsperson. Das Verfahren hierbei, meistens in Mobiliarpfändung bestehend, hat eine ganz besondere Ausbildung erfahren, in der auf die Rechte des Beklagten an seinem Eigentum in einer

---

[1]) In den Stadrechten von Soest, Köln und Goslar vermochte ich Stellen, die auf die behandelte Klage bezug haben, nicht aufzufinden.

[2]) Planck, I S. 340.

Weise Rücksicht genommen wird, die uns fast zu langmütig erscheint.

II. Abschnitt.

§ 23.

Am Ende des 15. Jahrhunderts dringt die italienische Jurisprudenz in Deutschland ein. Aus ihr übernimmt die gemeinrechtliche Doktrin unser altdeutsches Institut des exekutivischen Verfahrens mit vorausgehendem Zahlungsbefehl. Es bedarf eines kurzen Ueberblicks über die Entwicklung unserer Klage im italienischen Recht[1].

Das Justinianische Recht, seit der constitutio pro petitione Vigilii cap. 11 in Italien herrschend, enthielt keine Spur unserer Klage.

Dagegen läßt sich im langobardischen Rechte, das die Grundlage für die später ins italienische Recht aufgenommenen germanischen Rechtsgrundsätze bildet, ihre Entwicklung verfolgen.

Das frühere langobardische Recht gestattet, wie oben ausgeführt, im allgemeinen die eigenmächtige Pfändung nach dreimaliger Mahnung[2]). Versuche, die gemacht werden, diese abzuschaffen, vermögen sich nicht durchzusetzen:

> Cap. Papiense a. 789 vel 790 cap. 14[3]): „ut nullus alteri praesumat res suas aut alienam causam sine iudicio legali tollere aut invadere et qui hoc facere praesumserit ad partem nostram exinde bannum nostrum persolvat“.

Hiergegen eine Urkunde aus dem Jahre 840[4]):

> „similiter stetit, ut in res sanctorum Ecclesiarumque Dei nulla pigneratio fieri debeat, excepto si cum sacerdotibus ipsarum Ecclesiarum causas habuerint et antea

---

[1]) Zu dem Folgenden vgl. Skedl, S. 14 ff.
[2]) S. oben § 15.
[3]) Mon. LL. I S. 71.
[4]) a. a. O. S. 360.

compellatio fiat semel aut bis posita, fieri debeat pignoratio“.

Hieraus ist zu ersehen, daß die Privatpfändung sich erhält und das capitulare ohne Einfluß bleibt. Die gleiche Urkunde besagt jedoch, daß auch der Befehl des Richters vorangegangen sein muß, damit die Pfändung vorgenommen werden kann [1]).

„Si autem hoc distulerit facere post primam et secundam contestationem praesentia per iussionem iudicis sui liceat etiam pignorare hominem de ipso loco, ubi causa requiritur, ita tamen ut ipsum pignus post pactam (factam) iustitiam in integro reddatur“.

Sine iussione iudicis hat nicht den Sinn von „ohne richterliche Erlaubnis“. Dies wird in den Quellen durch „sine sententia“ oder „sine licentia“ wiedergegeben. Vgl. Statuten von Venedig von 1242, lib. V cap. 13[2]):

„de illo qui sine sententia pignorare facere praesumcerit . . . .“.

„Sine iussione“ bedeutet vielmehr „ohne daß ein richterlicher Befehl ergangen ist“. Da der Richter dem Gläubiger nicht befehlen kann, daß er pfände, kann sich die iussio nur gegen den Schuldner auf Zahlung richten.

Im X. und XI. Jahrhundert kann die Entwicklung des exekutorischen Verfahrens nicht weiter verfolgt werden [3]).

Im 13. Jahrhundert finden wir in einem eigentümlichen Zusammenhange unserer Klage wieder. Die Glossatoren bis zur Mitte des 13. Jahrhunderts verwerfen jedes Urteil oder Interlocut ohne vorhergegangene causae cognitio. So sagt Tancred in seinem Ordo iudiciorum P. IV Tit. I § 4,1 [4]):

„Nunc videamus quando ferenda sit sententia. Et quidem ordine iudiciario praemisso scilicet lite contestata, confessionibus, attestationibus et allegationibus auditis, et omnibus causae meritis diligenter investigatis . . . . .;

---

[1]) a. a. O. S. 358.

[2]) bei Wach, S. 35.

[3]) Wach, S. 33.

[4]) bei Bergmann, S. 271.

alioquin sententia, lata ordine iudiciario praetermisso vel non servato, ipso iure non valet".

In der Glosse des Accursius zu l. 5 § meminisse Dig. 39,1 findet sich als Anmerkung zu „eum" in den Worten „meminisse autem oportebit, quotiens quis in nostro aedificare ... vult: melius esse eum per praetorem .... prohibere quam operis novi nuntiatione" folgendes:

„eum: ut si dico, domine praetor, quidam aedificat in meo: precor vos, quod mittatis nuntium vestrum ut non aedificet, vel veniat responsurus".

In dieser Bemerkung spricht sich deutlich das Prinzip unserer Klage aus. Von der Digestenstelle allein ist der Gedanke nicht abgeleitet worden. Ein so fruchtbares, allgemein in Uebung stehendes Rechtsinstitut kann aus dieser speziellen Bestimmung nicht hervorgewachsen sein. Hier hat gewissermaßen eine künstliche Aufpfropfung stattgefunden. Der römische römische Rechtsgelehrte, der das Verfahren in der Praxis vergeblich bekämpft, sucht, da er es nicht auszurotten vermag, wenigstens einen Stützpunkt dafür in irgend einem Satze seines römischen Rechtes. So knüpft hier die offizielle Billigung des germanisch-exekutorischen Verfahrens in der italienischen Rechtsprechung an[1]). Dieses Hinweises auf eine römische Quelle bedarf es, um die Klage des Wohlwollens der italienischen Rechtsgelehrten teilhaftig werden zu lassen. Wenn auch noch vielfach auf Widerstand stoßend, gelangt sie doch als „mandata quae non fiunt cum causae cognitione"[2]) zu allgemeiner Anwendung. Wenn das mandatum durch die Einfügung der clausula justificatoria dem Schuldner Gelegenheit gibt, berechtigten Widerspruch geltend zu machen, ist sie allgemein zulässig. Dieser lenkt das Verfahren in den ordentlichen Rechtsgang. Unterläßt dagegen der Schuldner den Widerspruch, oder erscheint er nicht, dann hat das praeceptum, d. i. der richterliche Leistungsbefehl, seine volle exekutivische Wirkung, obwohl

[1]) Kohler, in Holtzendorff, S. 191 Anm. 2.

[2]) Innocentii Papae IIII apparatus super V libris decretalium c. 2 X, 1, 41. No. 8.

es seiner juristischen Natur nach nicht als definitiva, sondern nur als interlocutoria sententia gilt. Es kommt in der Hauptsache bei Leistungsbefehlen auf Geldschuld, d. h. Zahlungsbefehlen im heutigen Sinne vor. Die Bezeichnung „praeceptum de solvendo“ wird schließlich in der Rechtswissenschaft die gebräuchliche. Briegleb spricht von dem „praeceptum sive mandatum de solvendo executivum“ als Einleitung einer jeden Exekution[1]). Zu dem Gesagten vergleiche Maranta Pars VI Tit. De sententia Nr. 27:

> „Sed si reus non comparet . . . . praeceptum remanet firmum . . . Tertio quaero quid de praecepto de solvendo, an dicatur interlocutoria vel definitiva? Dicas, quod si tale praeceptum est factum sine causae cognitione et cum clausula iustificatoria, videlicet, si senseris te gravatum, compareas etc., non est dubium, quod est sentensia interlocutoria . . . “.

§ 24.

Die in Italien gepflegte Lehre des Prozesses dringt im 14. Jahrhundert in die deutsche Rechtswissenschaft ein, ohne auf die praktische Gestaltung des Prozesses zunächst wesentlichen Einfluß zu gewinnen[2]). Allmählich beginnen die gelehrten Juristen das von den Italienern Erlernte für die Prozeßführung in den weltlichen Gerichten nutzbar zu machen. Zu dieser Zeit, es ist in der zweiten Hälfte des XV. Jahrhunderts, treffen wir das praeceptum in Deutschland an. Die Rechtsgelehrten übernehmen das Institut, wie es ihnen von den Italienern übergeben wird. Gleichwohl scheint einigen von ihnen bewußt geworden zu sein, daß sie es mit einer ursprünglich deutschen Prozeßform zu tun haben. Bei Mathias Colerus[3]) findet sich die Stelle

> „cuius decisionis habemus etiam illustre exemplum in iure Saxonico Landrecht lib. I art. 70 § claget man aber.

---

[1]) I S. 67 und an vielen anderen Stellen.

[2]) Wetzell, S. 18.

[3]) Pars I cap. 2 § 235.

ubi reo etiam forensi, et qui non degit sub territorio vel iurisdictione iudicis dicantis, absque alio processu vel causae cognitione fit praeceptum executivum, cum clausula tamen iustificatoria . . . “.

Aus ihr geht deutlich hervor, daß Colerus das neu aufgenommene Praeceptum in unmittelbaren Zusammenhang mit jener alten Bestimmung im Sachsenspiegel bringt.

Nicht lange erhält sich das Praeceptum in seiner klar durchgebildeten Form. Es wird von den gemeinrechtlichen Schriftstellern mit dem exekutorischen Urkundenprozeß vermengt[1]), obwohl die beiden Institute in ihrem Wesen grundverschieden sind („praeceptum de solvendo est factum sine causae cognitione et cum clausula iustificatoria — quod (der Zahlungsauftrag im Urkundenprozeß) fit per iudicem in confessum ut solvat, quod non requirit clausulam iustitiae, quia fit causa cognita“[2])[3])). Man vermischt beide Klagen zu dem mandatum, nennt unsere Klage mandatum cum clausula, den Urkundenprozeß mandatum sine clausula. Auf die recht unerquicklichen Auslassungen der gemeinrechtlichen Schriftsteller, wie Gaill, Roding u. A. über diesen Gegenstand, soll hier nicht eingegangen werden.

Von Wichtigkeit ist jedoch, daß sich das Präzept, welches bisher stets nur als Einleitungsform der Exekution betrachtet worden ist[4]) und mit dieser zusammen unsere Klage bildet, nunmehr zu einem vollständigen Prozeß, dem clausulierten Mandatsprozeß, entwickelt. Es wird für den Erlaß des mandatum eine, wenn auch noch so oberflächliche Sachentscheidung verlangt[5]). Schließlich vergißt man den geschichtlichen Zusammenhang vollständig und leitet den Mandatsprozeß aus dem römischen Interdiktenprozeß ab, auf Grund einer „gewissen Aehnlich-

---

[1]) Skedl, S. 2.

[2]) Maranta l. c. No. 27—No. 28.

[3]) Noch in neuester Zeit findet sich dieselbe Verwechslung, siehe oben § 20 bezüglich Behrend und Hausschild.

[4]) Colerus l. c. § 231. Quinto . . . . .

[5]) Roding, lib. III Tit. 7 § 1.

keit" und weil die Kammergerichtsordnung von 1555 Th. II tit. 23 sich bei der Behandlung des Mandatsprozesses auf das römische Recht bezieht[1]).

§ 25.

Aus praktischen Gründen, nämlich in dem Bestreben den langsamen Gang des Verfahrens zu beschleunigen, nimmt sich die Reichsgesetzgebung des Gegenstandes an.

Die K.G.O. zu Wormbs a. 1517 tit. 1 § 17[2]) verbietet das Vorbringen der nova, die „als pfleglig" zu langen mündlichen Vorträgen führten, im bedingten Mandatsprozeß, weil diese Sitte „nicht kleine Längerung" verursache.

Denselben Zweck hat die Bestimmung im Regensburger Reichstagsabschied von 1594 § 80[3]):

> „Diweil auch cirka Mandata cum clausula bezweiffelt wird, ob der Kläger ehe und zwar der Beklagt causales eingebracht, libellum zu übergeben schuldig, und da der Kläger derenthalben contumazieret würde, daß ihm sub comminatione absolutiones a citatione, zugleich auch cassationis Mandati ein solches zu thun auferlegt werden soll: haben Wir Uns mit . . . . . . denen Räthen verglichen, wollen, daß aus sondern bewegenden, und guten Theils durch Cammer-Richter und Beysitzer Unsers Kayserl. Cammer-Gerichts angedeuter Ursachen, in solchen vor angezogenen Mandat-Sachen cum clausula einigen Libellierens nicht nöthig, sondern der Citiert, varumb er dem Mandat zu parieren nicht schuldig, auf den ersten Termin vorbringen soll!"

Die Stelle zeigt, daß es dem Gesetzgeber darauf ankommt, das Verfahren in jedem Stadium zu beschleunigen. Das Widerspruchsrecht des Beklagten soll zu keinem langwierigen „Libellieren" führen; im ersten Termin schon soll er alle Einwendungen gegen die Zahlungsaufforderung vorbringen.

---

[1]) Bayer, S. 19. Weiske, Rechtsl. VII S. 62. Mittermeyer S. 191. Linde, S. 444.

[2]) Senckenberg, II S. 167.

[3]) a. a. O. III S. 434.

Aehnlich bestimmt der Jüngste Reichsabschied in § 81 [1]):

„In den mandatis cum clausula sol der Beklagte anstatt der bishero gebräuchig gewesener Causal-Artikul eine kurtze nervose und summarische Ausführung seines Rechtens auch in primo termino krafft R.A. a. 1594 § diweil . . . . . wiederum von neuem sub praeiudicio gerichtlich überreichen".

Eine weitere Vereinfachung des Verfahrens versucht der „Visitationsabschied des Kayserl. Reichskammergerichts Wetzlar de An. 1793 im § 83 [2]). Es erkennt, daß die eingerissene Verumständlichung und Verlangsamung des Verfahrens „der Röm. Kayserl. Majestet und gesamter Churfürsten etc. etc. im J.R.A. abgedruckten Meinung und heilsamer Verordnung schnurstracks zuwiderlaufft" und ermahnt das Kammergericht „die gebettenn mandata de exequendo zu erkennen und denselben schleunige Justiz angedeyhen zu lassen".

Die Bestimmungen der Reichshofratsordnungen schließen sich an das gemeine Recht an [3]).

§ 26.

Am Ende seiner Entwicklung im gemeinen Prozeßrecht stellt sich das mandatum cum clausula, in einer kurzen Uebersicht, folgendermaßen dar:

Voraussetzung für die Zulassung des mandatum cum clausula ist eine „feste stehende Geschichte" [4]); doch muß der Beklagte (Implorat) noch in der Lage sein, Schutzreden anzubringen, die eine Wendung des Prozesses zu seinen Gunsten herbeiführen könnten. Als feste stehende Geschichte, für deren Bestimmungen es an gesetzlichen Vorschriften fehlt, sieht man in der Praxis hauptsächlich die Fälle an, in denen der Kläger (Impetrant) „sein Vorgehen sehr wahrscheinlich gemacht" [5]) hat,

---

[1]) a. a. O. S. 655.
[2]) a. a. O. IV S. 278.
[3]) Selchow, II S. 480 zu tit. XLII § 3.
[4]) Estor, § 2434, ss.
[5]) Claproth, S. 232.

deren Gegenstand eine Sache ist, welche zu dem unbestimmten summarischen Prozeß gehört [1]) oder durch „rechtliche Vermutung der Begünstigung unterstützt" [2]) ist.

Dem Imploranten liegt es ob, seinen Antrag materiell zu begründen; jedoch ist nicht die gleiche Sicherheit der Beweismittel wie beim unbedingten Mandatsprozeß erforderlich. Der Richter erläßt nunmehr den Befehl an den Impetraten, binnen einer bestimmten Frist den Gläubiger zu befriedigen oder in derselben Frist „rechtsbeständige Ursachen" [3]) anzuführen, wegen deren er die Erfüllung verweigere. Ist der Impetrat ungehorsam, so beantragt Impetrant, einen Inhäsivbefehl, bleibt dieser unbeachtet, ein mandatum sine clausula zu erlassen. Halten die vom Impetraten angeführten Ausflüchte nicht stich, so erfolgt ein Endurteil (mit definitiver Wirkung) dahin, „daß impetrat dem kaiserlichen gebote zu gehorsamen, auch in monatsfrist wie er diesem kaiserlichen gebote gehorsamlich gelebet habe, zu beglaubigen verbunden sei" [4]). Scheinen dagegen die Schutzreden dem Richter wichtiger Natur zu sein, so wird dupliziert, tripliziert, quadrupliziert u. s. w. und schließlich das Mandat kassiert. Wenn der Impetrant weder leistet noch Einwendungen geltend macht, wird die Ungehorsamsbeschuldigung [5]), die zu ihrer Gültigkeit einer Bescheinigung bedarf, erhoben. Dann erst erfolgt die Exekutionsinstanz.

So sehen wir, daß die gemeinrechtliche Jurisprudenz und Gesetzgebung, die unsere alte Klage de re praestita als praeceptum executivum sine causae cognitione übernommen hat, dieses Pfand schlecht bewahrt. Sie bringt Elemente in das Verfahren, die dem praeceptum ursprünglich nie eigen gewesen sind, und weist die Fälle, die eigentlich dem mandatum cum clausula gehörten, an das mandatum sine clausula [6]), ohne daß der Beklagte dadurch schlechter gestellt wird; denn auch das mandatum sine clausula hat seine alte Strenge eingebüßt.

---

[1]) a. a. O. S. 24 ff.
[2]) Linde, S. 449.
[3]) Claproth S. 236.
[4]) Estor § 2434 vv.
[5]) Estor § 2061 f.
[6]) vgl. C G.O. zu Augspurg a. 1555 Th. II. tit. 23.

§ 27.

Die meisten Partikularrechte jener Zeit lassen dem gemeinrechtlichen Mandatsprozeß seine Geltung[1]). Nur wenige Rechte treffen selbständige Bestimmungen über ihn. Unter diesen ragt die preußische Gesetzgebung hervor, da sie den ursprünglich exekutivischen Charakter der Klage wieder zu seinem Rechte kommen läßt. Die Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten vom Jahre 1793 bestimmt im Th. I tit. 28 § 15:

„Wenn bloß rückständige Zinsen einer im Hypothekenbuche eingetragenen Post, oder rückständige Termine gewisser jährlicher aus dem Hypothekenbuche ersichtlichen Praestationen gefordert werden; so muß der Richter, auf diesfällige Anzeige oder Eingabe, einen Befehl an den Schuldner erlassen, den geforderten Rückstand binnen 14 Tagen entweder zu bezahlen, oder ob und was er dagegen einzuwenden habe, dem Gerichte anzuzeigen. Meldet sich der Schuldner mit dergleichen Einwendungen, so wird die Sache sogleich auf einen Instruktionstermin gerichtet, und darin nach Art des exekutivischen Prozesses weiter verfahren. Geschieht aber keine Anzeige und die Insinuation der Verordnung ist hinlänglich nachgewiesen; so kann nach Ablauf der Frist, auf Andringen des Gläubigers, sofort mit der Exekution verfahren werden“.

Die Anwendung ist freilich nur eine sehr beschränkte, da bei allen übrigen Fällen, für die im gemeinen Recht der Mandatsprozeß vorgesehen ist, im preußischen Recht der Exekutivprozeß vorgeschrieben ist[2]). In dem einen Falle jedoch ist der Erlaß des Zahlungsbefehls obligatorisch:

„Anhang zur A.G.O. § 196: „Es hängt nicht von dem Gläubiger ab, ob er eine Klage anstellen, oder bloß einen Zahlungsbefehl nachsuchen wolle. Nur letzterer kann erlassen werden, es sei denn, daß der Gläubiger anzeigt,

---

[1]) Eine genaue Uebersicht bei Skedl S. 85 ff.

[2]) Koch, S. 228.

der Schuldner habe seine Zahlungsverbindlichkeit schon außergerichtlich bestritten.

Aus dem erlassenen Zahlungsbefehl kann auch die Subhastation nachgesucht werden".

Eine weitere Ausdehnung erhält das Mandat in preußischen Prozesse durch die Verordnung vom 1. Juni 1833 (ergänzt durch die Verordnungen vom 21 Juni 1846 § 28, vom 21. Juli 1848 § 4 und vom 24. Juni 1867 § 4). Zu den im einzelnen zugelassenen Fällen gehören auch solche, deren Klagegrund durch nichts bescheinigt ist [1]). Bringt der Beklagte nach Ablauf der 14tägigen Frist seine Einwendung, deren nur solche zulässig sind, die sofort durch Urkunden, Eideszuschiebungen u. s. w. liquid gemacht werden können (§ 3 Satz 1 d. Verordn.), nicht vor, so wird, „nach gehörig geschehener Insinuation" die Exekution verfügt (§ 2). Bringt der Beklagte Einreden vor und werden sie von dem Richter als erheblich angesehen, so erfolgt Zurücknahme des Mandats. Bei Unerheblichkeit der Einreden wird auf Vollstreckung des Mandats erkannt, die durch Appellation nicht aufgehalten wird (§ 3 Satz 3, 4). Obwohl das Verfahren die Kraft eines Erkenntnisses hat (Verordn. von 1846) erlangt es doch nicht die Wirkung eines Urteils als einer lex specialis inter partes [2]), weil jedem Teile „die Verfolgung seiner Ansprüche im besonderen Prozesse vorbehalten bleibt" (§ 3 Satz 5).

Dem Mandatsprozeß werden auch die sogen. Bagatellsachen zugewiesen. Es sind dies Gegenstände, die einen Wert von 50 Tlr. nicht übersteigen (Verordn. v. 1846). Später wird der bedingte Mandatsprozeß zugelassen wegen der auf Zahlung einer Geldsumme oder Gewährung anderer vertretbarer Sachen gerichteten Forderungen, die die Summe oder den Wert von 100 Tlr. nicht übersteigen (Verordn. von 1867).

§ 28.

Das heutige Reichszivilprozeßrecht gibt in dem Mahnverfahren (§§ 688 ff.) der Entwicklung unserer Klage einen

---

[1]) Koch, S. 732.

[2]) Wentzel, S. 103.

vorläufigen Abschluß. Es kann hier auf eine Darstellung der äußeren Form des Mahnverfahrens nicht ankommen. Als besonders wichtige Neuerung soll nur erwähnt werden, daß die Rechtshängigkeit, welche durch den Erlaß des Zahlungsbefehls entsteht, mit Erhebung des Widerspruchs nicht aufhört. Wenn nun auch diese äußere Verbindung zwischen dem Mahnverfahren und der nachfolgenden Klage vorhanden ist, bleibt doch die Scheidung zwischen dem ordentlichen Prozeß und diesem einseitigen Vorgehen des Klägers gegen den nichtzahlenden Schuldner ohne Prüfung der materiellen Rechtslage so bedeutend, daß man das Mahnverfahren mit dem aus dem Widerspruch des Schuldners entstehenden ordentlichen Prozeß als einen einheitlichen, „vollständigen Prozeß“ wohl nicht ansehen kann[1]). Dieser scheint vielmehr trotz seiner Häufigkeit in der Praxis[2]) eine dem Zwecke des Mahnverfahrens widerstrebende Zerstörung des einheitlich exekutivischen Charakters unserer Klage herbeizuführen. Entsprechend der im Vorhergehenden gezeigten geschichtlichen Entwicklung dürfte vielleicht angenommen werden, daß das Mahnverfahren seiner Natur nach auf eine baldige Vollstreckung zielt, zu der es selbst als Einleitung und Vorbereitung dient[3]).

---

[1]) Kohler, Prozeßr. Forsch. S. 138.

[2]) Kohler, in Gruchots Beitr. Bd. 32 S. 7.

[3]) Skedl, S. 117 mit S. 122. — a. M. Pollack, in Zeitschr. f. dtsch. ZPr. Bd. 19 S. 135.

Schluß.

§ 29.

Es ist ein langer Weg, den unsere „Klage de re praestita“ durch die gesamte Prozeßgeschichte ziemlich unbeirrt gegangen ist. Ihr ist geglückt, was nur wenige der alten deutschen Rechtseinrichtungen vermocht haben: sie hat den Niedergang deutscher Rechtspflege in der Zeit nach der Rezeption überlebt und hat sich heute ihrer ursprünglichen Wesensart wieder sehr genähert. Gerade, weil die Klage den Bedürfnissen des praktischen Lebens entgegenkommt, muß sie von jeder Gesetzgebung, gleichviel ob mit Wohlwollen oder nicht, angenommen werden. Dadurch ist ihr auch eine stetige Entwicklung und Vervollkommnung gesichert. Wenn daher die Klage, wie sie die geltende deutsche Prozeßordnung gestaltet hat, mancherlei Mängel aufweist[1], so gibt es doch Länder, wie die Schweiz[2], in denen das Verfahren sich in reinerer, auch zweckmäßigerer Form bewahrt hat. Auch die deutsche Rechtswissenschaft läßt es sich angelegen sein, unsere Klage zu vervollkommnen[3]. Einen für die historische Betrachtung hochinteressanten Beitrag hierzu bringt neuerdings die Deutsche Juristenzeitung (Jhrg. 1909[4]). Es wird hier von v. Freydorf-Waldshut der Vorschlag gemacht, auch wegen eines Anspruchs, der die Herausgabe von beweglichen Sachen (auch nichtvertretbaren) zum Gegenstande

---

[1]) Kohler, Prozeßr. Forsch, S. 134 ff.

[2]) Vgl. Schweizer Schuldentriebsgesetze und v. Wyß in Ztschr. f. Schweizer Recht Bd. VII S. 85 ff., Naegeli, S. 71 ff.

[3]) Kohler, in Gruch. Beitr. XXXII, S. 7.

[4]) Sp. 817.

hat, das Mahnverfahren zu gewähren. v. Freydorf geht damit, ohne es zu ahnen (er glaubt, vom geschichtlich Begründeten abzuweichen), auf die ursprüngliche Klage de re praestita, wenigstens ihrem Anwendungsgebiet nach, zurück. Ja, er erzählt aus der Praxis, daß jener deliktische Charakter, der dem Anspruch im ältesten Rechte zum Durchdringen verhalf, auch heute noch im Volksbewußtsein spukt. Man sucht Schutz bei Polizei und Staatsanwaltschaft, wo „einer nur vom verfeindeten Nachbar die verliehene Leiter unter Nämlichkeitsnachweis wieder beizuschaffen gedenkt"[1]. Die §§ 246 und 242 des Str.G.B. sollen da helfen. Und doch gehören alle diese Fälle (wie wir sehen: mit voller historischer Begründung) zum Mahnverfahren, sodaß mit diesem Vorschlag, würde er zur lex lata, der Cirkel geschlossen wäre, der nach jahrhundertelangem Lauf durch seine Rückkehr zum Ausgang die engste Verwandtschaft des heutigen Mahnverfahrens mit der alten Klage um anvertraute Sache deutlich genug aufweist.

---

[1]) a. a. O. Sp. 818.

Verzeichnis der Quellen und Schriftsteller.

Lex Salica, herausgeg. von J. Fr. Behrend, Weimar 1897.
Lex Salica, herausgeg. von H. Geffcken, Leipzig 1898.
Lex Salica, herausgeg. von E. A. Laspeyres, Halle 1833.
Lex Salica with notes on the frankish words by H. Hern, herausgeg. von J. H. Hessels, London 1880.
Lex Salica, herausgeg. von Joh. Merkel, Berlin 1850 mit einer Vorrede von J. Grimm.
Loi Salique, herausgeg. von J. M. Pardessus, Paris 1843.

Monumenta Germaniae Historica: legum Tom. I, III, IV, Hannover 1863, Legum Seetio V (Formulae) Hannover 1884.
Gaupp, Ernst Th., Lex Frisionum, Breslau 1832.
Edictus ceteraeque Langobardorum leges, herausgeg. von Fr. Bluhme, Hannover 1839.
Beaumanoir, Philippe de: Les coutumes du beauvoisis, Paris 1862. 2 Bde.

Der Spiegel deutscher Leute, herausgeg. von Jul. Ficker, Innsbruck 1859.
Der Richtsteig Landrechts, herausgeg. von C. G. Homeyer, Berlin 1857.
Sachsenspiegel, herausgeg. von Christoff Zobel, Leipzig 1535.
Sachsenspiegel, herausgeg. von C. G. Homeyer, Berlin. Erster Teil 1861.
Kaiserrecht, herausgeg. von Endemann, Kassel 1846.
Schlesisches Landrecht, herausgeg. von Gaupp, Leipzig 1828.
Ostfriesisches Land- Deich- und Syhlrecht, herausgeg. von Wicht, Aurich 1746.
Sächsisches Weichbildrecht, herausgeg. von v. Thüngen, Heidelberg 1837.
Schwabenspiegel, herausgeg. von Frhr. v. Laßberg, 1840.

Das Stadtrecht von München, herausgeg von Franz Auer, München 1840.
Brünner Stadtrechte aus dem 13. und 14. Jahrhundert. Herausgeg. von Rößler. Prag 1852.

Berlinisches Stadtbuch, herausgeg. von Fidicin. Berlin 1837.
Das alte Magdeburgische und Hallesche Recht, herausgeg. von Ernst Th. Gaupp. Breslau 1826.
Deutsche Stadtrechte des Mittelalters, herausgeg. von H. G. Ph. Gengler. Nürnberg 1866.
Das alte lybische Recht, herausgeg. von Joh. Fr. Hach. Lübeck 1839.
Das alte Kulmische Recht, herausgeg. von C. K. Leman. Berlin 1838.
Die ältesten Schiff-, Stadt- und Landrechte Hamburgs, herausgeg. von Lappenberg.
Urkundenbuch für die Geschichte des Niederrheins, herausgeg. von Theod. Jos. Lacomblet. Düsseldorf 1840.
Das Städte- und Landrechtsbuch Ruprechts v. Freysing, herausgeg. von G. L. Maurer. Stuttgart, Tübingen 1839.

Corpus iuris civilis glossatum (cum scholiis Contii et Cujacii) Nivellium 1576.
Norges gamle love indtil 1387, herausgeg. von Keyser und Munch, Christiania 1846 bis 1849.
Gregoris noni Pontificis m. Decretales Lugdini 1541.
Reichsabschiede: Sammlung von der Zeit Kaiser Conrads II. an samt den wichtigsten Reichsschlüssen. Herausgeg. von Senckenberg-Koch, Frankfurt a.M. 1747.
Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten, Berlin 1795.

Albrecht, W. E. Die Gewere, Königsberg 1828.
Amira, v. Karl: Das altnorwegische Vollstreckungsverfahren. Münch. 1874.
Amira v., Karl: Der Stab in der germanischen Rechtssymbolik. Münch. 1909
Amira von Karl: Nordgermanisches Obligationenrecht. Leipzig 1882 bis 1895. 2 Bde.
Amira von Karl: Grundriß des germanischen Rechts, Straßburg 1901.
Baldi Ubaldi Perusini commentaria. Venetiis.
Bayer, Hier: Theorie der summarischen Prozesse. München 1830.
Behrend, J. Fr., Zum Prozeß der Lex Salica (in Festg. für Heffter). Berlin 1873.
Bergmann, Friedr.: Pillii, Tancredi, Gratiae libri de iudiciorum ordine. Göttingen 1842.
Bethmann-Hollweg, M. A. von: Der Zivilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. Bonn 1868. Bd. VI und V.
Bouquet: Recueil des historiens des Gaules et de la France Tom IV Paris 1735.
Briegleb M. A.: Ueber exekutorische Urkunden und Exekutivprozeß. Nürnberg 1839. 2 Bde.

Brandt, Fr. Forelaesninger over den norske Retshistorie. Kristiania 1880.
Brunner, Heinr., Deutsche Rechtsgeschichte. Leipzig I 1906, II 1892.
Claproth, Justus: Einleitung in sämtliche summarische Prozesse. Göttingen 1808.
Clement, Knut, Jungbohn: Forschungen über das Recht der salischen Franken vor und in der Königszeit. Berlin 1876.
Coleri, Mathiae: tractatus de processibus executivis. Jena 1586.
Costa Ethbin, H.: Bibliographie der deutschen Rechtsgeschichte. Braunschweig 1858.
Du Cange: Glossarium mediae et inf. latinitatis.
Egger, August: Vermögenshaftung und Hypothek nach fränkischem Recht. Breslau 1903.
Eichhorn, K. Fr.: Deutsche Rechtsgeschichte. Göttingen 1836.
Esmein, A.: Etudes sur les contracts dans le trèsancien droit français Paris 1883.
Estor, J. G.: Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprozesses. Gießen 1752.
Feuerbach, Ed. Aug.: Die Lex Salica und ihre verschiedenen Rezensionen. Erlangen 1831.
Fustelde Coulanges: Histoire des Institutions politiques de l'ancienne France. Paris 1890. Band V.
Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht, Bd. II (Sachenrecht) Leipzig 1905.
Gierke, Otto, Schuld u. Haftung im älteren deutschen Recht. Breslau 1910.
Glasson, E.: Histoire du droit et des institutions de la France. Paris 1889.
Grimm, J.: Deutsche Rechtsaltertümer. Göttingen 1881.
Halban von, Alfr.: Das römische Recht in den germanischen Volksstaaten, 3 Teil, in Gierkes Untersuchungen. Heft 89. Breslau 1907.
Hauschild, J. L.: Gerichtsverfassung der Deutschen im 8.—14. Jahrhundert. Leipzig 1741.
Heineccius: Elementa iuris Germ. Hal. 1746.
Heusler, Andreas: Die Beschränkung der Eigentumsverfolgung bei Fahrhabe und ihr Motiv im deutschen Rechte. Basel 1871.
" Die Gewere. Weimar 1872.
" Institutionen des deutschen Privatrechts. Leipzig 1885/86.
Hermann, E.: Die Grundelemente der altgermanischen Mobiliarvindikation, in Gierkes Untersuchungen Bd. 20. Breslau 1886.
Holtzendorff, Franz von: Encyklopädie der Rechtswissenschaft. Leipzig Berlin 1904.
Immerwahr, Walter: Die Kündigung. Breslau 1898.
Koch, E. F.: Der preußische Zivilprozeß. Berlin 1848.
Kern, Heinrich: Die Glossen in der Lex Salica. Haag 1869.
Kohler, Joseph: Pfandrechtliche Forschungen. Berlin 1882.

Kohler, Joseph: Prozeßrechtliche Forschungen. Berlin 1889.
„ „ : Gesammelte Beiträge zum Civilprozeß. Berlin 1894.
Laband, Paul: Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters. Berlin 1869.
Linde von, T. B.: Lehrbuch des deutschen gemeinen Zivilprozesses. Bonn 1850.
Loening, Richard: Der Vertragsbruch im deutschen Recht. Straßburg 1876.
London, Paul: Die Anefangsklage in ihrer ursprünglichen Bedeutung. Breslau 1886.
Maranta: Praxis seu de ordine judiciorum tractatus, vulgo speculum aureum et lumen advocatorum, Köln 1650.
Maurer, Georg Ludwig: Geschichte des altgermanischen und namentlich altbayrischen Gerichtsverfahrens. Heidelberg 1824.
Maurer Konrad: Altnorwegisches Staatsrecht und Gerichtswesen Teil II. Leipzig.
Meibom von Victor: Das deutsche Pfandrecht. Marburg 1867.
Meyer, Herbert: Entwerung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht. Jena 1902.
„ Neuere Satzung von Fahrnis und Schiffen. Jena 1903.
„ Das Publizitätsprinzip im deutschen Bürgerlichen Recht. München 1909 in Fischers Abhandlungen Bd. XVIII, 2.
Mittermaier: Die summarischen Verfahrensarten des gemeinen deutschen bürgerlichen Prozesses. Bonn 1840.
Naegeli, Alfred: Das germanische Selbstpfändungsrecht. Zürich 1876.
Opet, Otto: Geschichte der Prozeßeinleitungsformen im ordentlichen deutschen Rechtsgang. Breslau 1891.
Planitz, Hans, Die Entwicklung der Vermögensvollstreckung im salfränkischen Recht. Leipziger Habil.-Schr. 1909.
Planck, J. W.: Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter. Braunschweig 1879. 2 Bde.
Puntschart, Paul: Schuldvertrag und Treugelöbnis des sächsischen Rechts im Mittelalter. Leipzig 1896.
Rintelen, Max: Schuldhaft und Einlager im Vollstreckungsverfahren. Leipzig 1908.
Roding: Pandectae iuris cameralis. Frankfurt 1688.
Rogge, K. A.: Ueber das Gerichtswesen der Germanen. Halle 1820.
Schilter: Thesaurus Antiquitatum Teutonicarum. Ulm 1727.
Selchow von Chr.: Einleitung in den Reichshofratsprozeß. Lemgo 1778.
Sickel, Wilhelm: Die Bestrafung des Vertragsbruchs. Halle 1876.
Siegel, Heinrich: Deutsche Rechtsgeschichte. Berlin 1889.
„ Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens. Gießen 1857.
Skedl, Arthur: Das Mahnverfahren. Leipzig 1891.
Sohm, Rudolf: Fränkisches Recht und römisches Recht. Weimar 1889.
„ Der Prozeß der Lex Salica. Weimar 1867.

Sohm, Rudolf: Die fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung. Weimar 1871.
„ Das Recht der Eheschließung. Weimar 1875.
Schroeder, Richard: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. Leipzig 1907.
Schwind, Ernst: Freih. v. Wesen und Inhalt des Pfandrechts. Jena 1899. in Fischers Abhandlungen zum Privatr. und Civilpr. Bd. II. 1.
Stintzing, Roderich: Geschichte der populären Literatur des röm.-kan. Rechts in Deutschland. Leipzig 1867.
Stobbe, Otto: Geschichte der deutschen Rechtsquellen. Braunschweig 1860.
„ Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts. Leipzig 1855.
Thonissen, J. J.: L'organisation judiciaire, le droit pénal et la procédure pénale de la loi salique, Bruxelles 1881.
Türk, Karl: Forschungen auf dem Gebiete der Geschichte. Rostock und Schwerrn 1829. Heft 3.
Wach, Adolf: Italienischer Arrestprozeß. Leipzig 1868.
Waitz, Georg: Das alte Recht der salischen Franken. Kiel 1846.
Walter: Die Literatur des gemeinen ordentlichen Zivilprozesses und seine Bearbeiter bis auf die Zeiten des jüngsten Reichsabschieds. Nordhausen 1865.
Warnkönig, L. A.: Flandrische Staats- und Rechtsgeschichte. Tübingen 1842.
Weiske: Rechtslexikon Bd. VII.
Wentzell, August: Der preußische Mandats- summarische- und Bagatell-Prozeß. Breslau 1833.
Wetzel, G. W.: System des ordentlichen Zivilprozeßes. Leipzig 1875.
Wiarda, T. D.: Geschichte und Auslegung des salischen Gesetzes. Bremen 1808.
Zoepfl, Heinrich: Deutsche Rechtsgeschichte. Braunschweig 1872.

Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Berlin Bd. 19, 16 . .
„ für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft Bd. I, XIV.
„ für Rechtsgeschichte Bd. V.
„ für das gesamte Handelsrecht Bd. VIII—XII
„ für schweizerisches Recht Bd. VII.

Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. München Bd. VI.
Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 62 und 80. Freiburg i. B.
Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Band 32.
Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. XVIII.
Göttingische gelehrte Anzeigen 1885, 1909.
Beiträge zur Geschichte der deutschen Sprache und Literatur Band 25.
Literarisches Zentralblatt für Deutschland 1885.

Lebenslauf.

Am 10. Juni 1887 bin ich, Arthur Eliason, Sohn des Kaufmanns Fritz Eliason und seiner Ehefrau Bianka geb. Henschel, in Breslau geboren. Ich bin Jude, preußischer Staatsangehörigkeit. Meine Schulbildung erhielt ich auf dem Königl. König-Wilhelms-Gymnasium zu Breslau, das ich Ostern 1906 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Hierauf studierte ich sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Heidelberg (I), München (IV) und Breslau (II, III, V, VI). Am 23. Juli 1909 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung „gut", am 29. Juli 1909 das examen rigorosum. Gegenwärtig bin ich dem Amtsgericht Trebnitz als Referendar überwiesen.